

Der vertragliche Ausschluß der Klagbarkeit
eines privatrechtlichen Anspruchs im deutschen und
im deutschen internationalen Recht

Hans-Adolf Neumann

1967

DER VERTRAGLICHE AUSSCHLUSS DER KLAGBARKEIT EINES
PRIVATRECHTLICHEN ANSPRUCHS IM DEUTSCHEN UND IM
DEUTSCHEN INTERNATIONALEN RECHT

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Hans-Adolf Neumann

München 1967

Referent: Professor Dr. Rudolf POHLE
Korreferent: Professor Dr. Murad FERID

Tag der mündlichen Prüfung: 22. 2. 1967



INHALTSVERZEICHNIS

1. Vorwort 1
2. Inhaltsverzeichnis 2

3. Die Bedeutung der Kunst 3

4. Die Kunst der Vergangenheit 4

5. Die Kunst der Gegenwart 5

MEINEM LIEBEN VATER

1. Die Kunst der Vergangenheit 6

2. Die Kunst der Gegenwart 7
3. Die Kunst der Zukunft 8

4. Die Kunst der Vergangenheit 9

5. Die Kunst der Gegenwart 10

6. Die Kunst der Zukunft 11

7. Die Kunst der Vergangenheit 12

8. Die Kunst der Gegenwart 13

9. Die Kunst der Zukunft 14

10. Die Kunst der Vergangenheit 15

11. Die Kunst der Gegenwart 16

12. Die Kunst der Zukunft 17

13. Die Kunst der Vergangenheit 18

14. Die Kunst der Gegenwart 19

15. Die Kunst der Zukunft 20

16. Die Kunst der Vergangenheit 21

17. Die Kunst der Gegenwart 22

18. Die Kunst der Zukunft 23

19. Die Kunst der Vergangenheit 24

20. Die Kunst der Gegenwart 25

21. Die Kunst der Zukunft 26

22. Die Kunst der Vergangenheit 27

23. Die Kunst der Gegenwart 28

24. Die Kunst der Zukunft 29

INHALTSVERZEICHNIS

I. Teil: Der vertragliche Ausschluß der Klagbarkeit eines privatrechtlichen Anspruchs nach deutschem Recht

	Seite
Einleitung	1
<u>1. Kapitel:</u> Das Wesen des unklagbaren Anspruchs	2
I. Der Anspruch als Zwangsmacht	2
1. Die Erscheinungsform der Zwangsmacht	2
2. Das Verhältnis von Anspruch und Zwangsmittel	3
3. Die gesetzlichen Fälle unklagbarer Ansprüche	5
a) § 1001 S. 1 BGB	6
b) § 1394 a.F. BGB	7
c) § 375 HGB	
II. Das Wesen der Unklagbarkeit	8
1. Der Status des Rechtsträgers	8
a) Die Klagbarkeit als Rechtsschutzgarantie; der Justizgewährungsanspruch	8
b) Der Umfang der Rechtsschutzgarantie	10
c) Die Stellung des Rechtsträgers gegenüber dem Staat	11
2. Die Qualifikation der Klagbarkeit; Unklagbarkeit als negative Sachurteilsvoraussetzung	13
III. Die Wirkung der Unklagbarkeit im Prozeß	16
1. Beachtlichkeit des Mangels von Amts wegen	17
2. Die Geltendmachung eines unklagbaren Anspruchs durch den Berechtigten zum Zweck der Rechtsverteidigung	18

<u>2. Kapitel:</u> Der vertragliche Ausschluß der Klagbarkeit	20
I. Der Geltungsbereich des Vertrages	20
1. Der Klagbarkeitsausschluß als Prozeßvertrag	20
2. Die Zulässigkeit von Prozeßverträgen	21
II. Die Zulässigkeit des Klagbarkeitsausschlusses	23
1. Die Gründe gegen die Zulässigkeit des Klagbar- keitsausschlusses	23
a) Verstoß gegen zwingende Normen des öffent- lichen Rechts	23
b) Umkehrschluß aus der gesetzlichen Regelung des Schiedsvertrags	24
c) Verstoß gegen Treu und Glauben und die guten Sitten	25
2. Kritik der Gründe gegen die Zulässigkeit; Begründung der Zulässigkeit	26
a) Die Vereinbarung der Unklagbarkeit als Realisierung der Tatbestandsbeschränkung der Klagbarkeitsnorm	26
aa) Die Abdingbarkeit der Klagbarkeitsnorm	26
bb) Der Umfang der Abdingbarkeit und ihre Realisierung	29
b) Folgerungen aus der Regelung des Schieds- vertrags	31
c) Folgerungen aus der Zulässigkeit anderer Prozeßverträge und materiellrechtlicher Verfügungsgeschäfte über den Anspruch	34
d) Beurteilung an Hand der §§ 134, 138, 242 BGB	35
e) Zusammenfassung	37
III. Geltungsgrundlagen des Klagbarkeitsausschlusses und seine Wirkung im Prozeß	38
1. Geltungsgrundlagen des Klagbarkeitsausschlusses	38
a) Zustandekommen	40
b) Vertragsbeendigung, Anfechtung	42

2. Die Wirkung des Klagbarkeitsausschlusses im Prozeß	44
a) Prozessuale und verfahrensgestaltende Wirkung von Parteivereinbarungen allgemein	44
b) Die Wirkung des Klagbarkeitsausschlusses	45
IV. Die Abgrenzung des Klagbarkeitsausschlusses von ähnlichen Verträgen; Auslegungsgrundsätze	46
1. Die Abgrenzung von materiellrechtlichen Verträgen	47
a) Die Vereinbarung eines Nichtanspruchs	47
b) Stundung, pactum de non petendo, Verpflichtung zur Unterlassung der Klage	48
2. Die Abgrenzung von anderen Prozeßverträgen	50
a) Schiedsvertrag	50
b) Ausschluß des Rechtswegs	50
II. Teil: Der vertragliche Ausschluß der Klagbarkeit eines privatrechtlichen Anspruchs im deutschen internationalen Recht	
Einleitung: Problemstellung; Behandlung des Vertrags über den Klagbarkeitsausschluß im ausländischen Recht	53
1. Problemstellung	53
2. Die Behandlung des Vertrags über den Ausschluß der Klagbarkeit im ausländischen Recht	53
a) Österreich	53
b) Schweiz	55
c) Frankreich	56
d) Italien	58
e) Der anglo-amerikanische Rechtskreis	59
3. Kapitel: Der Geltungsbereich der lex fori im Verfahrensrecht nach der modernen deutschen Prozeßrechtslehre	61
I. Grundsätzliche generelle Anwendbarkeit der lex fori	61
1. Der Anwendungsbereich der lex fori nach der überkommenen Lehre	61
2. Die Qualifikation	62

II. Beschränkte Anwendbarkeit der lex fori	64
1. Materiellrechtliche Qualifikation bestimmter Verfahrensvorschriften	64
a) Die Lehre Goldschmits vom materiellen Justizrecht	64
b) Die Lehre Niederländers	65
c) Die Lehre von Neuhaus	67
2. Die Ausklammerung bestimmter Verfahrensvor- schriften aus dem Geltungsbereich der lex fori	68
a) Die Lehre Horst Müllers	68
b) Die Lehre von Craushaars	69
c) Die Lehre Pohles zur Beweislast	70
<u>4. Kapitel:</u> Die Behandlung des Ausschlußvertrags durch das inländische Gericht	72
I. Die Verwendbarkeit der modernen Lehrmeinungen zum Geltungsbereich der lex fori	72
1. Die Problematik der herrschenden Lehre	72
2. Die Lehre von Teilausschluß der lex fori	73
a) Materiellrechtliche Qualifikation der Klagbarkeit	73
b) Beschränkung des Geltungsbereichs der lex fori	74
II. Eigener Lösungsversuch	76
1. Die Anwendbarkeit von lex fori und lex causae auf den Ausschlußvertrag im allgemeinen	76
a) Methodische Vorbemerkung	76
b) Grundsätzliche Maßgeblichkeit der lex causae	77
c) Ausnahmen vom Grundsatz der Maßgeblich- keit der lex causae	80
2. Die Behandlung des Vertrages über den Aus- schluß der Klagbarkeit im einzelnen	81
a) Statthaftigkeit	81
b) Geltungsschranken	84
c) Geltungsgrundlagen	86

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

I. Werke deutscher Autoren

- Baumbach, Adolf,
Duden, Konrad, Kommentar zum HGB, 16. Auflage
München und Berlin 1964
- Baumbach, Adolf,
Lauterbäch, Wolfgang, Zivilprozeßordnung, 28. Auflage
München und Berlin 1965
- Baumgärtel, Gottfried, Treu und Glauben, gute Sitten und
Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren,
Zeitschrift für Zivilprozeß, Bd. 69,
S. 89 ff., Köln-Berlin 1956
- Wesen und Begriff der Prozeßhandlung
einer Partei im Zivilprozeß, Berlin und
Frankfurt 1957
- Die Unverwirkbarkeit der Klagebefug-
nis, Zeitschrift für Zivilprozeß, Bd. 75,
S. 385 ff., Berlin-Bonn-Köln-München
1962
- Bettermann, Karl August, Der Schutz der Grundrechte in der ordent-
lichen Gerichtsbarkeit, in: Bettermann-
Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte,
Bd. III, 2. Halbbd., Berlin 1959
- Blomeyer, Arwed, Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren,
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1963
- Bötticher, Eduard, Besprechung von: Bettermann, Der Schutz
der Grundrechte in der ordentlichen Ge-
richtsbarkeit, Zeitschrift für Zivilprozeß,
Bd. 74, S. 314 ff., Köln-Berlin-Bonn-
München 1961
- Bülow, Oskar, Dispositives Zivilprozeßrecht und die
bindende Kraft der Rechtsordnung, Archiv
für die civilistische Praxis, Bd. 64,
S. 1 ff., Tübingen 1881

- Bülow, Oskar, Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885
- Bunge, Liselotte, Die Aufrechnung im englischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Aufrechnung im Prozesse, Bonn und Köln 1933
- Bunsen, Friedrich, Prozeßrechtsgeschäfte, in: Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 35, S. 401 ff., Berlin 1906
- Comte, Jean, Urteilsanmerkung in: Juristische Wochenschrift 1930, S. 2053
- von Craushaar, Götz, Die internationale Anwendbarkeit deutscher Prozeßrechtsnormen. Österreichisches Erbrecht im deutschen Verfahren, Karlsruhe 1961
- Dernburg, Heinrich, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs, Bd. 6: Urheber-, Patent- und Zeichenrecht, Verfahrensrecht, Rechtsverfolgung, Halle 1910
- Dölle, Hans, Bemerkungen zu § 293 ZPO, in: Festschrift für Nikisch, S. 185 ff., Tübingen 1958
- Düringer, A., Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1887, V. Bd., 1. Hälfte, 3. Auflage Mannheim-Berlin-Leipzig 1932
- Hachenburg, Max,
- Endemann, Friedrich, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. Bd., Berlin 1900
- Enneccerus, Ludwig,
- Kipp, Theodor, Wolff, Martin, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I: Allgemeiner Teil, bearbeitet von H. C. Nipperdey, 15. Auflage Tübingen 1959/60
- Bd. III: Sachenrecht, bearbeitet von Martin Wolff und Ludwig Raiser, Tübingen 1957

- Förster, A., Kann, Richard, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, I. Bd., 3. Auflage Berlin 1913
- Forsthoff, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Bd., 8. Auflage München und Berlin 1961
- Goldschmidt, James, Materielles Justizrecht, in: Festgabe für Hübler, S. 85 ff., Berlin 1905
Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht, in: Festschrift für Heinrich Brunner, S. 109 ff., München und Leipzig 1914
Der Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925
Zivilprozeßrecht, 2. Auflage Berlin 1932
- Haudek, Wilhelm, Artikel "Erlaß" in: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, hg. von Franz Schlegelberger, III. Bd., S. 160, Berlin 1931
- Hellwig, Konrad, Anspruch und Klagerecht, Jena 1900
Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft, Breslau 1910
System des deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig 1912/1919
- Henle, Rudolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Berlin 1926
- Heymann, Ernst, Handelsgesetzbuch, 20. Auflage Berlin 1950
- Kötter, Hans-Wilhelm,
- Hoeniger, Heinrich, Urteilsanmerkung in: Juristische Wochenschrift 1933, S. 67
- Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen in Zivil- und Handels-sachen, herausgegeben von Arthur Nußbaum, Bd. I, Berlin 1926
- Jellinek, Georg, Allgemeine Staatslehre, Neudruck Bad Homburg 1960
- Kegel, Gerhard, Internationales Privatrecht, 2. Auflage München und Berlin 1964

- Kipp, Theodor, Über Doppelwirkungen im Recht, in: Festschrift für Ferdinand von Martitz, S 211 ff. , Berlin 1911
- Kisch, Wilhelm, Einige Bermerkungen zum Wesen des Schiedsvertrags, Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 51, S 321 ff. , Berlin 1927
- Kleinfeller, Georg, Der Begriff "Anspruch", Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 137, S.129 ff. , Tübingen 1933
- Kohler, Josef, Recht und Prozeß, in: Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 14, S. 1 ff. , Wien 1887
- Über Prozeßverträge und Kreationen, in: Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 31, S. 276 ff. , 481 ff. , Berlin 1887
- Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I: Allgemeiner Teil, 5. Auflage München und Berlin 1962
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960
- Lehmann, Heinrich, Besprechung von: Reichel, Unklagbare Ansprüche, Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 44, S. 162 ff. , Berlin 1914
- Artikel "Vertrag" in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. VI, Berlin und Leipzig 1929
- Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 11. Auflage Berlin 1959
- Lent, Friedrich. Urteilsanmerkung in: Neue Juristische Wochenschrift 1949, S. 510
- Zivilprozeßrecht, 12. Auflage München und Berlin 1965, bearbeitet von Othmar Jauernig

- | | |
|--|--|
| <u>Leonhard</u> , Franz, | Allgemeines Schuldrecht des BGB, München und Leipzig 1929 |
| <u>Lücke</u> , Gerhard, | Die Prozeßführungsbefugnis, Zeitschrift für Zivilprozeß, Bd. 76, S. 1 ff., Köln-Berlin-Bonn-München 1963 |
| <u>Maunz</u> , Theodor, | Grundgesetz, Bd. I, München und Berlin 1964 |
| <u>Dürig</u> , Günter, | |
| <u>Mendelssohn Bartholdy</u> , Albrecht, | Urteilsanmerkung in: Juristische Wochenschrift 1930, S. 2052 |
| <u>Michel</u> , Artur, | Absolute Nichtigkeit von Zivil- und Strafurteilen im geltenden deutschen Prozeßrecht, Basel o.J. |
| <u>Müller</u> , Horst, | Der Schuldspruch bei Ehescheidung durch deutsche Gerichte nach ausländischem Recht, in: Jahrbuch für internationales Recht, Bd. V, Heft 2/3, Göttingen 1955 |
| <u>Neuhaus</u> , Paul Heinrich, | Internationales Zivilprozeßrecht und internationales Privatrecht, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Jg. 1955, S. 201 ff., Berlin und Tübingen 1955 |
| | Die Grundlagen des internationalen Privatrechts, Berlin 1962 |
| <u>Neukirchner</u> , Simon, | Der vertragliche Ausschluß der Klagbarkeit eines privatrechtlichen Anspruchs, Dissertation Erlangen 1942 |
| <u>Neumann</u> , Hugo, | Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 2. Bd., 5. Auflage Berlin 1909 |
| <u>Neuner</u> , Robert, | Privatrecht und Prozeßrecht, Mannheim-Berlin-Leipzig 1925 |

- Niederländer, Hubert, Materielles Recht und Verfahrensrecht im internationalen Privatrecht, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Jg. 1955, S. 1 ff., Berlin und Tübingen 1955
- Niese, Werner, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, Göttingen 1950
- Nikisch, Arthur, Zivilprozeßrecht, 2. Auflage Tübingen 1952
- Nußbaum, Arthur, Deutsches internationales Prozeßrecht, Tübingen 1932
- Palandt, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, 24. Auflage München und Berlin 1965, bearbeitet von Danckelmann, Gramm, Hoche, Lauterbach, Keidel
- Planck, Gottlieb, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. IV: Familienrecht, 1. Hälfte, bearbeitet von K. von Unzner, 4. Auflage Berlin und Leipzig 1928
- Pohle, Rudolf, Revision und neues Strafrecht, Leipzig 1930
Besprechung von: Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, Monatsschrift für Deutsches Recht 1951, S. 702
Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, in: Festschrift für Friedrich Lent, München und Berlin 1957
Gedanken über das Wesen der Rechtskraft, Sonderdruck aus: Scritti giuridici in memoria Piero Calamandrei, Bd. II, Padua 1958
Zur Beweislast im internationalen Recht, in: Festschrift für Hans Dölle, Bd. II, S. 307 ff., Tübingen 1963
- Pollak, Rudolf, Gerichtliches Geständnis im Civilprozeße, Berlin 1893

- Raape, Leo, Internationales Privatrecht, 5. Auflage
Berlin und Frankfurt 1961
- Reichel, Hans, Unklagbare Ansprüche, Jherings Jahrbü-
cher für die Dogmatik des bürgerlichen
Rechts, Bd. 59, S.409 ff.; Bd. 60, S.
38 ff., Jena 1911/1912
- Urteilsanmerkung in: Zeitschrift für
deutschen Zivilprozeß, Bd. 50, S. 312,
Berlin 1926
- Urteilsanmerkung in: Juristische Wochen-
schrift 1930, S. 2212
- Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. I, 1. Tl.,
11. Auflage Berlin 1959, bearbeitet von
Denecke, Johannsen, Kregel, Krüger-Nie-
land, Kuhn
- Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. I, 2. Tl.,
11. Auflage Berlin 1960, bearbeitet von
Fischer, Löscher, Nastelski, Wilde
- Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. III,
1. Tl., 11. Auflage Berlin 1959, bearbei-
tet von Johannsen, Kregel, Pritsch
- Handelsgesetzbuch, Bd. IV, 2. Auflage
Berlin 1961, bearbeitet von Würdinger und
Brüggemann
- Riezler, Erwin, Internationales Zivilprozeßrecht und
prozessuales Fremdenrecht, Berlin und
Tübingen 1949
- Rosenberg, Leo, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts,
9. Auflage Berlin und München 1961
- Rothe, Einwirkungen des außergerichtlichen Ver-
gleichs auf den schwebenden Rechtsstreit,
Juristische Wochenschrift 1934, S. 657
- Sauer, Wilhelm, Grundlagen des Prozeßrechts, 2. Auflage
Stuttgart 1929

- von Savigny, Friedrich Carl, System des heutigen römischen Rechts, Bd. VIII, Berlin 1849
- Schiedermair, Gerhard, Vereinbarungen im Zivilprozeß, Bonn 1935
- Schlegelberger, Franz, Handelsgesetzbuch, 3. Bd. 3. Auflage Berlin und Frankfurt 1956, bearbeitet von Hildebrandt
- Schmidt, Rudolf, Bürgerliches Recht, I. Bd. : Allgemeiner Teil, Berlin 1952
- Schoch, Magdalene, Klagbarkeit, Prozeßanspruch und Beweis im Licht des internationalen Rechts. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Qualifikation, Leipzig 1934
- Schönke, Adolf, Das Rechtsschutzbedürfnis, Detmold-Frankfurt-Berlin 1950
- Schönke, Adolf,
Schröder, Horst,
Niese, Werner, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Auflage Karlsruhe 1956
- Schweitzer, Ernst Emil, Urteilsanmerkung in: Juristische Wochenschrift 1930, S. 2053
- Schwinge, Erich, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Auflage Bonn 1960
- von Seuffert, Lothar, Walsmann, Hans, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, I. Bd., 12. Auflage München 1932
- Siber, Heinrich, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht, Leipzig 1903
- Soergel, Hans Theodor,
Siebert, Wolfgang, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 9. Auflage Stuttgart 1959, bearbeitet von Siebert, Seydel, Hefermehl, Mezger, Schultze-von Lasaulx, Reimer Schmidt
Bd. III, 9. Auflage Stuttgart 1960, bearbeitet von Baur und Mühl

- Sommer, Kann man den Rechtsweg durch Vereinbarung ausschließen? in: Leipziger Zeitschrift 1932, Sp. 740
- Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. II, 10. Auflage Berlin und Leipzig 1920, bearbeitet von Könige, Pinner, Bondi
- von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 11. Auflage Berlin 1957, bearbeitet von Brändl und Coing
- Bd. III, 11. Auflage Berlin 1956, bearbeitet von Berg, Ring, Seuffert
- Bd. IV, 2. Tl., 9. Auflage München-Berlin-Leipzig 1931, bearbeitet von Raape
- Stech, Jürgen, Klagbarkeit und Unklagbarkeit der Ansprüche, Dissertation Erlangen 1962
- Unklagbare Ansprüche im heutigen Recht, in: Zeitschrift für Zivilprozeß, Bd. 77, S. 161 ff., Berlin-Bonn-Köln-München 1964 (Dissertationsauszug)
- Stein, Friedrich, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Bd. I, 11. Auflage Tübingen 1913
- Stein, Friedr., Jonas, Martin, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Schönke, Adolf, Pohle, Rudolf, 18. Auflage Tübingen 1953/1958
19. Auflage Tübingen 1964/1965
- Steindorff, Ernst, Sachnormen im internationalen Recht, Frankfurt 1958
- von Tuhr, Andreas, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, München und Leipzig 1910
- Wieczorek, Bernhard, Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Bd. III, Berlin 1957

Windscheid, Bernhard,Kipp, Theodor,Wolff, Martin,Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage
Frankfurt a. M. 1906Das internationale Privatrecht Deutsch-
lands, 3. Auflage Berlin-Göttingen-Hei-
delberg 1954II. Werke ausländischer Autoren1.) Werke österreichischer AutorenEhrenzweig, Armin,System des österreichischen allgemeinen
Privatrechts, I. Bd., 1. Hälfte, 2. Auf-
lage Wien 1951, bearbeitet von Adolf
EhrenzweigFasching, Hans W.,Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen,
Wien 1959/1966Klang, Heinrich,
Gschnitzer, Franz,Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen
Gesetzbuch, Bd. I, 1. Halbbd., 2. Auf-
lage Wien 1964, bearbeitet von Klang,
Verdross-Drossberg, Wolff, Wentzel,
SchwindBd. VI, 2. Auflage Wien 1951, bearbeitet
von Gschnitzer, Klang, Wilburg, WolffPetschek, Georg,
Stagel, Heinrich,Der österreichische Zivilprozeß, Wien
1963Wolff, Karl,Grundriß des österreichischen Zivilprozeß-
rechts, 2. Auflage Wien 19472.) Werke schweizerischer AutorenBerner Kommentarzum schweizerischen Zivilgesetzbuch,
Bd. VI, 1: Obligationenrecht, Allgemeine
Bestimmungen, bearbeitet von H. Becker,
2. Auflage Bern 1941von Bühren, Bruno,Schweizerisches Obligationenrecht, Allge-
meiner Teil, Zürich 1964

- Guldener, Max, Das schweizerische Zivilprozeßrecht, Zürich 1947/1948
- Das internationale und interkantonale Zivilprozeßrecht der Schweiz, Zürich 1951
- Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozeßrecht, in: Centenarium 1861-1961, Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins, Basel 1961
- von Tuhr, Andreas, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Halbbd., 2. Auflage Zürich 1942
- Siegwart, Alfred,

3.) Werke französischer Autoren

- Capitant, Henri, Introduction à l'étude du droit civil, 5. Auflage Paris 1929
- Cuche, Paul, Précis de procédure civile et commerciale, 12. Auflage Paris 1960
- Vincent, Jean,
- Garsonnet, E., Traité théorique de procédure civile et commerciale, 3. Auflage Paris 1912/1938
- Cézar-Bru, Ch.,
- Giverdon, Claude, Artikel "Désistement" in: Dalloz, Répertoire de procédure civile et commerciale, Bd. I, S. 738 ff., Paris 1955
- Glasson, E., Tissier, Albert, Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, 3. Auflage Paris 1925/1936
- Morel, René,
- Japiot, René, Traité élémentaire de procédure civile et commerciale, 3. Auflage Paris 1935
- Jaubert, P., Remise de dette, in: Juris-classeur civil, Paris 1961
- Morel, René, Traité élémentaire de procédure civile et commerciale, 2. Auflage Paris 1949
- Motulsky, Henri, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, Paris 1948

Solus, Henri,
Perrot, Roger,

Droit judiciaire privé, Bd. I, Paris 1961

Vincent, Jean,

Artikel "Action" in: Dalloz, Répertoire de procédure civile et commerciale, Bd. I, S. 39 ff., Paris 1955

4.) Werke italienischer Autoren

Betti, Emilio,

Diritto processuale civile italiano, 2. Auflage Rom 1936

Carnelutti, Francesco,

Clausole di rinunzia alla giurisdizione, in: Studi di diritto processuale, S. 159 ff., Padua 1925

Instituzioni del processo civile italiano, 5. Auflage Rom 1956

Chiovenda, Guiseppe,

Instituzioni di diritto processuale civile, Neudruck der 2. Auflage Neapel 1957

Costa, Sergio,

Manuale di diritto processuale civile, 2. Auflage Turin 1959

Morelli, Gaetano,

Diritto processuale civile internazionale, Padua 1954

Studi di diritto processuale civile internazionale, Mailand 1961

d'Onofrio, Paolo,

Commento al codice di procedura civile, 4. Auflage Turin 1957

Rocco, Ugo,

Trattato di diritto processuale civile, Turin 1957/1964

5.) Werke englischer und amerikanischer Autoren

Beale, Joseph H.,

A Treatise on Conflict of Laws, New York 1935

Chitty,

Contracts, 22. Auflage hg. von Kenneth Scott und Bryan Clauson, London 1955

Corbin, Arthur Linton,

Contracts, St. Paul 1950 ff.

Dicey, Albert Venn,

Conflict of Laws, 7. Auflage hg. von J. H. C. Morris, London 1958

Halsbury,

The Laws of England, 3. Auflage hg.
von Lord Simmonds, London 1952 ff.

Yntema, Hessel E. ,

The Hornbook Method and the Conflict
of Laws, in: Yale Law Journal, Bd. 37,
S. 468 ff. , New Haven 1927/28

Die historischen Grundlagen des inter-
nationalen Privatrechts, in: Festschrift
für Ernst Rabel, Bd. I, S 513 ff. ,
Tübingen 1953

I. Teil

Der vertragliche Ausschluß der Klagbarkeit eines privatrechtlichen
Anspruchs nach deutschem Recht

EINLEITUNG

Der Begriff des unklagbaren Anspruchs ist seit Reichels grundlegender Untersuchung¹⁾ umstritten geblieben. Insbesondere im privatrechtlichen Schrifttum haben sich gewichtige Gegenstimmen erhoben. Heinrich Lehmann²⁾ und Nipperdey³⁾ sehen in der Klagbarkeit einen integrierenden Bestandteil des Anspruchsbegriffs. Während das privatrechtliche Schrifttum schwankt⁴⁾, kann im Bereich der Prozeßrechtswissenschaft die Ansicht, daß unklagbare Ansprüche sowohl konstruktiv denkbare als auch im deutschen Recht praktisch nachweisbare Rechtserscheinungen darstellen, als die herrschende bezeichnet werden.⁵⁾ Nach Reichel haben sich insbesondere Pohle⁶⁾ und Stech⁷⁾ ausführlich mit der Klagbarkeit und Unklagbarkeit privatrechtlicher Ansprüche beschäftigt. Diesen Autoren ist es zu verdanken, daß wir heute die - gewiß seltenen - Fälle überblicken, in denen das positive Recht die Unklagbarkeit von Ansprüchen normiert.

Erörterungen über die Möglichkeit des Klagbarkeitsausschlusses kraft Parteivereinbarung setzen voraus, daß die Möglichkeit der Existenz unklagbarer Ansprüche als solche bejaht wird. An den Beginn der folgenden Untersuchungen seien daher eine kurze Behandlung dieser Frage und eine Darstellung der im deutschen Privatrecht positiv geregelten Fälle unklagbarer Ansprüche gestellt.

1) Unklagbare Ansprüche, Jherings Jahrbuch 59 (1911), 409 ff.; 60 (1912), 38ff.

2) Allgemeiner Teil des BGB, 9. Auflage 1958, § 13 I 1.

3) Ennecceruns-Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. Bd., Allgemeiner Teil, 2. Halbbd., § 222 II 5.

4) Vgl. die Nachweise S. 4 Note 3

5) Vgl. die Nachweise a. a. O.

6) Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis,
Festschrift für Friedrich Lent, 1957, S. 195 ff., 213 ff.

7) Klagbarkeit und Unklagbarkeit der Ansprüche, Dissertation Erlangen 1962;
Unklagbare Ansprüche, ZZP 77, 161 ff.

1. Kapitel: DAS WESEN DES UNKLAGBAREN ANSPRUCHS

I. Der Anspruch als Zwangsmacht

1. Die Erscheinungsform der Zwangsmacht

Die in § 194 I BGB umschriebene Figur des Anspruchs ist die Erscheinungsform des subjektiven Rechts in seiner Richtung gegen eine bestimmte andere Person.¹⁾ In der Richtung gegen den Verpflichteten macht sich der Zwangscharakter des subjektiven Rechts²⁾ geltend. Der Anspruch stellt sich somit als die Verkörperung der Zwangsmacht im subjektiven Privatrecht dar. Wesentlich für das Vorhandensein eines Anspruchs ist die dem Berechtigten verliehene Macht, seinen Willen gegen den Widerstand des Verpflichteten durchzusetzen.³⁾

Da der Rechtsstaat Selbsthilfe des einzelnen grundsätzlich verbietet, muß der auszuübende Zwang von der Rechtsordnung ausgestaltet werden. Die Rechtsordnung stellt Zwangsmittel zur Verfügung, die teils dem gerichtlichen Zwang, teils dem außergerichtlichen Zwang angehören. Die Skala der dem Gläubiger gewährten Zwangsbefugnisse erschöpft sich keineswegs in den Mitteln des Gerichtszwangs. An außergerichtlichen Zwangsmitteln kommen namentlich Aufrechnung, Pfandverwertung, Inanspruchnahme der Bürgerhaftung und Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts in Betracht. Das Gesetz gewährt aber auch außergerichtliche Zwangsmittel besonderer Art, die dem besonderen Charakter des durchzusetzenden Anspruchs angepaßt sind.⁴⁾

Es ist in Abrede gestellt worden, daß die außergerichtlichen Zwangsmittel echte Zwangsbehelfe seien. Kleinfeller⁵⁾ hat dagegen geltend

1) Lehmann a. a. O.

2) Vgl. Enneccerus-Nipperdey a. a. O., 1. Halbband, § 72 II.

3) Der Anspruch erschöpft sich daher nicht in einem bloßen Anforderungsrecht, wie die Formulierung in § 194 I BGB vermuten lassen könnte. Vgl. Siber, Der Rechtszwang, S. 70 f. Anders Köhler, Recht und Prozeß, Grünhuts Zeitschrift Bd. 14, S. 1 ff., 14 ff., der "reaktionsunfähige", also unerzwingbare Ansprüche für möglich hält. Träfe das zu, so wäre der Begriff des Anspruchs überflüssig, da die "Anspruchslage" jeder rechtlichen Relevanz entbehrte.

4) Vgl. §§ 1003 BGB und 375 HGB und unten S. 6 ff.

5) Der Begriff "Anspruch", AcP 137, 129 ff., 153.

gemacht, Aufrechnung, Pfandverwertung etc. seien ohne Wirkung, wenn der Verpflichtete den auf diese Weise durchgesetzten Anspruch bestreite. In diesem Fall zeige sich, daß die Wirksamkeit des außergerichtlichen Zwangs im Grunde vom guten Willen des Gegners abhängt.¹⁾ Diese Auffassung steht im Widerspruch zum Gesetz, das die Wirkung der außergerichtlichen Zwangsmittel allein an deren Ausübung knüpft (vgl. z.B. §§ 388, 389, 273 BGB). Richtig ist, daß diese Wirkung im Bestreitensfall der Anerkennung im Prozeß bedarf.²⁾ Damit wird der Anspruch aber nicht im Gerichtsweg durchgesetzt. Dies zu behaupten heißt Ursache und Wirkung verwechseln.

2. Das Verhältnis von Anspruch und Zwangsmittel

Die dem Anspruch innewohnende Zwangsmacht gewinnt konkrete Gestalt in einem der vom Gesetz normierten Zwangsmittel. Hieraus folgt, daß jedem Anspruch ein Zwangsmittel zugeordnet sein muß; fehlen sämtliche Zwangsmittel, so besteht mangels Erzwingbarkeit kein Anspruch. Eine weitergehende Aussage über das Verhältnis von Anspruch und Zwangsmittel läßt sich, will man den Anspruchsbegriff nicht willkürlich einschränken, nicht treffen. Durch die Existenz eines bestimmten Zwangsmittels wird dieser Begriff also nicht konstituiert. Entscheidend ist die Erzwingbarkeit als solche, und sie manifestiert sich in jedem Zwangsbehef.

Auch auf den Umfang des Anspruchs läßt sich vom Inhalt des einzelnen Zwangsmittels nicht schließen. Der Umfang des Anspruchs bemißt sich nach dem Umfang der Erzwingbarkeit. Dieser ist bei den Mitteln des gerichtlichen Zwangs und des außergerichtlichen Zwangs der gleiche. Ebenso wie der gesamte Anspruch eingeklagt und vollstreckt werden kann, kann wegen des gesamten Anspruchs aufgerechnet oder zurückbehalten, ein Pfand verkauft oder ein Bürge haftbar gemacht werden. Ist der Anspruchsinhaber nur zu einem Teil befriedigt, so stehen ihm diese Zwangsmittel auch hinsichtlich des Anspruchsrests zu.

Die Mittel des gerichtlichen und des außergerichtlichen Zwangs sind als Merkmale des Anspruchsbegriffs gleichwertig. Soweit Anspruchsqualität und Umfang des Anspruchs in Rede stehen, ist jedes Zwangsmittel ersetzbar.

- 1) Ähnlich neuerdings Böttcher, Besprechung von Bettermann: Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, ZZP 74, 314 ff., 315: Die Verleihung unklagbarer Ansprüche wäre nur eine Geste.
- 2) S. hierzu unten S. 18 f.

Auch die Klagbarkeit kann daher dem Anspruch fehlen, ohne daß dadurch die Qualität als Anspruch angetastet oder sein Umfang verändert wird. Namentlich erwächst dem Verpflichteten aus der Unmöglichkeit, daß der Anspruch im Gerichtsweg durchgesetzt wird, kein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem Berechtigten.¹⁾ Der unklagbare Anspruch - als voll ausgebildeter Anspruch im Sinn von § 194 I BGB - ist also nach deutschem Privatrecht eine konstruktiv durchaus denkbare Rechtserscheinung.²⁾³⁾

- 1) So auch das Urteil des BAG vom 30.10.1962, Der Betrieb 1963, 453.
Der Entscheidung lag der Fall zugrunde, daß die in zwei Kollektivvereinbarungen geregelten Ruhegeldansprüche der Arbeitnehmer durch einen Betriebsausschuß festgesetzt werden sollten, gegen dessen Entscheidung das Arbeitsgericht binnen einer Ausschußfrist von einem Monat sollte angerufen werden können. "Damit", so führt das BAG aus, "werden die individuellen Rechte eines jeden Arbeitnehmers aus einer bisherigen kollektiven Regelung nicht materiell beschnitten, sondern es wird nur ... die Geltendmachung an eine Zeitgrenze gebunden." Das Gericht erachtet dies für wirksam.
- 2) Das entspricht auch der Geschichte des Anspruchsbegriffs. Vgl. R. Schmidt, Allgemeiner Teil, § 11 I.
- 3) Im Ergebnis ebenso außer Reichel, Pohle, Stech a. a. O.:
Kohler a. a. O.; von Tuhr, Allg. Teil I, S. 258; Henle, Allg. Teil, S. 335; (diese Autoren allerdings unter Berufung auf die Rechtsfigur der Naturalobligation;
vgl. hierzu den folgenden Text.)
R. Schmidt a. a. O.; Larenz, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, § 2 III;
Rosenberg, Lehrbuch § 85 II 2a; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, II 6 vor § 253; Schönke-Schröder-Niese, Lehrbuch § 43 III vor 1; Blomeyer, Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, § 35 II vor 1; Baumbach-Lauterbach, Gr. 4 vor § 253; Lüke, Die Prozeßführungsbefugnis, ZZP 76, 1 ff, 20.

Gegenteiliger Ansicht außer Lehmann und Nipperdey a. a. O.:
Windscheid-Kipp, Pandekten, Bd. II, § 288;
Endemann, Allgemeiner Teil, § 86a, 2;
Leonhard, Schuldrecht, Allg. Teil, S. 15 ff.;
Neuner, Privatrecht und Prozeßrecht, S. 5;
Kleinfeller, a. a. O.;
Böttcher, a. a. O.

3. Die gesetzlichen Fälle unklagbarer Ansprüche

Der unklagbare Anspruch existiert nicht nur in der Theorie. Unklagbare Ansprüche treten uns vielmehr in den Bestimmungen der §§ 1001 S. 1, 1394 a. F. BGB und 375 HGB entgegen. Hierin liegt, mag es sich auch um Ausnahmenvorschriften handeln, die eigentliche Rechtfertigung der Reichelschen Begriffsbildung.

Das deutsche Privatrecht enthält eine Reihe von Vorschriften, auf Grund derer einer Klage auf Leistung der Erfolg versagt ist. Der Grund hierfür besteht in aller Regel darin, daß das Gesetz einen Anspruch überhaupt nicht verleihen will. Von unklagbarem Anspruch kann sinnvollerweise aber nur gesprochen werden, wenn ein erzwingbares Recht auf Tun oder Unterlassen vorliegt. Mit anderen Worten: das Recht, das im Gerichtsweg nicht durchgesetzt werden kann, muß alle Merkmale des materiellen Anspruchsbegriffs erfüllen, insbesondere außergerichtlich erzwingbar sein. Der Nichtanspruch, sei er (noch) nicht zur Entstehung gelangt oder wieder erloschen, ist kein unklagbarer Anspruch. Einen umfassenden Überblick über die hiernach auszuscheidenden Fälle gibt bereits Reichel.¹⁾ Sein Verdienst ist namentlich die dogmatische Trennung von unklagbarem Anspruch und Naturalobligation. Naturalobligationen sind, wie Reichel erkannt hat,²⁾ schlechthin unerzwingbar und damit Nichtansprüche. Charakteristisch für die Bestimmungen der §§ 656, 762 ff. BGB etc. ist der Mangel im materiellen Recht, nicht das Fehlen des Zwangsmittels der Klagbarkeit. Ein materiellrechtlicher Mangel liegt aber auch dann vor, wenn das Gesetz einen Anspruch statuiert, gleichzeitig aber dem Verpflichteten ein Gegenrecht gewährt, kraft dessen er die Leistung verweigern kann (Einrede). Der einredeschwächte Anspruch kann gegen den Willen des Verpflichteten nicht durchgesetzt werden, weder gerichtlich noch außergerichtlich.³⁾ Auch hier ist die Unklagbarkeit nur die Folge des materiellrechtlichen Mangels, nicht ein selbständiges Charakteristikum des Anspruchs.

Dem Anspruch fehlt das Zwangsmittel der Klagbarkeit in solchen Fällen nicht, in denen die erfolgreiche gerichtliche Rechtsverfolgung durch Umstände verhindert wird, die der Art der Geltendmachung im konkreten Fall anhaften. Kein Fall der Unklagbarkeit ist daher z. B. bei mangelnder Prozeß- oder Postulationsfähigkeit einer Partei, bei Unzulässigkeit des gewählten Rechtswegs oder bei fehlender sachlicher oder örtlicher Zuständigkeit des

1) Jherings Jahrbuch 59, 425 ff.

2) A. a. O. S. 425

3) Ausnahme § 390 S. 2 BGB.

Gerichts gegeben. Das gleiche gilt dann, wenn ein bereits rechtskräftig abgeurteilter Anspruch erneut eingeklagt wird.

Problematisch ist das Verhältnis von Klagbarkeit und Rechtsschutzbedürfnis. Das Rechtsschutzbedürfnis wird allgemein als Prozeßvoraussetzung angesehen, dessen Fehlen die Klage unzulässig macht,¹⁾ also die Durchsetzung des Anspruchs im Gerichtsweg ausschließt. Soweit der Mangel des Rechtsschutzbedürfnisses in der Natur des Anspruchs begründet ist, decken sich beide Begriffe. Dies hat Stech veranlaßt, Unklagbarkeit mit fehlendem Rechtsschutzbedürfnis gleichzusetzen.²⁾ Wie Pohle nachgewiesen hat,³⁾ dient die Bezeichnung "Rechtsschutzbedürfnis" jedoch der Erfassung ganz verschiedenartiger Rechtserscheinungen, die überwiegend einer selbständigen prozessualen Qualifikation unterliegen. Der Systematik des Prozeßrechts ist eine solche Zusammenfassung heterogener Elemente wenig förderlich. Das Verhältnis von Klagbarkeit und Rechtsschutzbedürfnis muß vielmehr so gesehen werden, daß die Unklagbarkeit als der speziellere Begriff die Verwendung des Sammelbegriffs "fehlendes Rechtsschutzbedürfnis" entbehrlich macht.⁴⁾

Dies vorausgeschickt, seien nun die positivrechtlich geregelten Fälle unklagbarer Ansprüche im deutschen Privatrecht kurz dargestellt.⁵⁾

a) § 1001 S. 1 BGB

§ 1001 S. 1 BGB, zuerst von Reichel als gesetzlicher Ausschluß der Klagbarkeit erkannt,⁶⁾ schließt die "Geltendmachung" des Anspruchs des Besitzers einer Sache gegen den Eigentümer auf Verwendungsersatz vor Eintritt bestimmter Voraussetzungen aus. Der Ausschluß bezieht sich auf die Geltendmachung im Klageweg, aber auch auf die außergerichtliche Geltendmachung durch Aufrechnung.⁷⁾ Noch vor Eintritt der in § 1001 S. 1 BGB bezeichneten

1) Rosenberg, Lehrbuch § 85 II 2b.

2) A. a. O. S. 170.

3) A. a. O. S. 195 ff.

4) Vgl. Pohle a. a. O. S. 215.

5) Zum folgenden eingehend Stech, Dissertation S. 27 ff., ZZZ 77, 166 ff., der insbesondere nachweist, daß weitere Fälle unklagbarer Ansprüche im hier dargestellten Sinn im deutschen Recht nicht enthalten sind. Den Ergebnissen Stechs schließt sich der Text an.

6) A. a. O. S. 434.

7) Wolff-Raiser, Lehrbuch des Sachenrechts, § 86 V 2; Johannsen in BGB-RGRK, Mühl bei Soergel-Siebert, Hoche bei Palandt, je Anm. 1 zu § 1001 BGB.

Voraussetzungen kann der Besitzer jedoch die Herausgabe verweigern, § 1000 BGB, und sich nach Maßgabe des § 1003 BGB aus der Sache befriedigen. Diesen Zwangsmitteln muß ein bereits bestehender Anspruch zugrundeliegen. Denn die Normierung von Zwangsmitteln zeigt, daß die Rechtsordnung die Verfolgung eines bestimmten Zwecks billigt, also hierzu ein Recht verleiht.¹⁾ Der Anspruch des Besitzers auf Verwendungsersatz ist daher bereits zu dem in § 1001 S. 1 BGB angesprochenen Zeitpunkt ein voll ausgebildeter Anspruch, dem der Zwangsbehelf der Klagbarkeit fehlt.²⁾

b) § 1394 a.F. BGB

Auch § 1394 a.F. BGB hat schon Reichel als gesetzlichen Ausschluß der Klagbarkeit privatrechtlicher Ansprüche erkannt.³⁾ Die Bestimmung versagt für die Dauer des Güterstandes der Verwaltung und Nutznießung die gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen der Frau gegen den Mann aus der Verwaltung und Nutznießung. Hierdurch ist zwar die gerichtliche Durchsetzung der Ansprüche ausgeschlossen, nicht dagegen die außergerichtliche, beispielsweise im Wege der Aufrechnung.⁴⁾ Diese Zwangsbewehrung macht die Ansprüche der Frau bereits während der Dauer des Güterstandes zu vollwirksamen Ansprüchen i. S. von § 194 I BGB. Die Ansprüche sind aber unklagbar.

Heinrich Lehmann hat an Hand des § 1394 a.F. BGB seine Lehre von der Klagbarkeit als zumindest virtueller Eigenschaft jedes Anspruchs entwickelt.⁵⁾ Lehmann weist darauf hin, daß der Klagbarkeitsausschluß in § 1394 a.F. zeitlich begrenzt ist, und folgert daraus, daß unser Recht den schlechthin unklagbaren Anspruch nicht kenne. Dieser Schluß ist schon deshalb nicht berechtigt, weil § 1394 a.F. nicht Ausdruck einer grundsätzlichen Entscheidung des deutschen Privatrechts zur Frage der Klagbarkeit von Ansprüchen ist.⁶⁾ Es fragt sich aber auch, welche Bedeutung die virtuelle

1) So bereits Reichel a. a. O. S. 411 f. Unrichtig daher Lehmann, ZJP 44, 162, 164, der meint, dem Befriedigungsrecht des § 1003 I BGB könne eine Naturalobligation, also ein Nichtanspruch, zugrundeliegen.

2) Ebenso im Ergebnis wohl Staudinger-Berg, Anm. 1 zu § 1001 BGB.

3) A. a. O. S. 433.

4) Planck, Anm. 4, Neumann, Anm. 3, je zu § 1394 BGB.

5) A. a. O. S. 164.

6) Wie §§ 1001 S. 1 BGB, 375 HGB zeigen.

Klagbarkeit für den Anspruchsbegriff haben kann. Der einzelne Anspruch ist jedenfalls während der Dauer des Güterstandes unklagbar und war es während der ganzen Zeit seines Bestehens, wenn er vor oder mit Beendigung des Güterstandes erlischt.

c) § 375 HGB

Daß § 375 HGB die Normierung eines unklagbaren Anspruchs darstellt, hat Pohle aufgezeigt.¹⁾ Ausdrücklich ist dem Anspruch des Verkäufers beim Handelskauf auf Spezifikation (§ 375 I HGB) die Klagbarkeit allerdings nicht versagt. Die offenbar abschließende Aufzählung der Rechte des Verkäufers bei Verzug des Käufers (§ 375 II HGB) enthält die gerichtliche Geltendmachung jedoch nicht. Darin liegt ein konkludenter Ausschluß der Klagbarkeit.²⁾ Der Verkäufer besitzt statt dessen einen Zwangsbehelf besonderer Art: er kann die Spezifikation selbst vornehmen. Damit ist der Anspruch auf Spezifikation als echter Anspruch ausgestaltet, dem die Klagbarkeit fehlt.

II. Das Wesen der Unklagbarkeit

1. Der Status des Rechtsträgers

a) Die Klagbarkeit als Rechtsschutzgarantie; der Justizgewährungsanspruch

Die Einrichtung des staatlichen Rechtsschutzes enthält, da die Justiz nicht Selbstzweck ist, das Versprechen des Staates als Trägers der Justizhoheit, durch seine hierzu berufenen Organe die Rechtsverwirklichung vorzunehmen. Dieses Versprechen bezeichnet die moderne Prozeßrechtswissenschaft als Rechtsschutzgarantie.³⁾

1) A. a. O. S. 214.

2) H. M.: Staub-Könige, Anm. 5, Düringer-Hachenburg, Anm. 8, Würdinger in HGB-RGRK, Anm. 5, Heymann-Kötter, Anm. 4, je zu § 375 HGB; OLG 4, 226 (Dresden). Anders Schlegelberger-Hildebrandt, Anm. 14, Baumbach-Duden, Anm. 1 B, ebenfalls zu § 375 HGB; OLG 14, 410 (Breslau).

3) Bötticher a. a. O. S. 317; Baumgärtel, Die Unverwirkbarkeit der Klagebefugnis, ZZP 75, 385, 390 ff. Keine Folge der Rechtsschutzgarantie ist die jedem offenstehende Möglichkeit, vor Gericht Klage zu erheben, da sie der Rechtsqualität ermangelt; vgl. Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, S. 260, 278; Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 63

Aus der Rechtsschutzgarantie einerseits, der Eigenschaft des privaten Rechtsträgers als Staatsbürger andererseits ergibt sich ein bestimmter Status des Rechtsträgers, der durch seine Rechtsposition gegenüber dem Rechtspflegeorgan und gegenüber dem Verpflichteten gekennzeichnet wird.

Es ist seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes nicht mehr streitig, daß der Staatsbürger einen staatsrechtlichen Anspruch auf Rechtspflege gegen den Staat besitzt. Dieses Recht wird allgemein als Justizanspruch oder Justizgewährungsanspruch bezeichnet.¹⁾ Man versteht hierunter das Recht jeder Partei darauf, daß das Gericht über die zur Entscheidung gestellte Rechtsbehauptung unter Berücksichtigung der gesamten prozessualen und materiellen Rechtslage mittels pflichtgemäßer Rechtsanwendung entscheidet. "Die Justizgewährungspflicht des Staates . . . schafft nur das Recht darauf, daß die für die Entscheidung vorgesehenen Richter im vorgeschriebenen Verfahren nach sorgfältiger Prüfung entscheiden, was nach ihrer richterlichen Überzeugung wahr und gerecht ist."²⁾ Einen Anspruch auf Erlaß eines Urteils bestimmten Inhalts besitzt hiernach weder der Kläger noch der Beklagte.

Diese kurze Umreißung der Begriffe der Rechtsschutzgarantie und des Justizgewährungsanspruchs zeigt, daß der Justizgewährungsanspruch nicht das Korrelat der staatlichen Rechtsschutzgarantie ist. Der Justizgewährungsanspruch wurzelt in der staatsbürgerlichen Stellung der Parteien, steht sowohl dem Kläger wie dem Beklagten zu, ist von der materiellen Rechtslage unabhängig und hat nicht einen bestimmten vom Gericht herbeizuführenden Erfolg zum Gegenstand, sondern wird nur durch das konkrete Prozeßergebnis inhaltlich insoweit gestaltet, als dieses Ergebnis Maßstab für die Pflichtmäßigkeit der Rechtsanwendung ist. Demgegenüber ergibt sich die Rechtsschutzgarantie aus der staatlichen Aufgabe der Rechtsverwirklichung, besteht infolgedessen nur gegenüber dem materiell Berechtigten und entspricht der vom Ergebnis des Prozesses losgelösten und insoweit abstrakten wirklichen Rechtslage.

Mit diesem Inhalt stellt sich die Rechtsschutzgarantie als die Klagbarkeit eines Rechts in der Sicht des Rechtsschutz gewährenden Staats dar. Klagbarkeit und Justizgewährungsanspruch sind also ihrem Inhalt nach zu trennen. Baumgärtel hat versucht, den Unterschied beider Begriffe damit zu begründen, daß er an den durch sie bezeichneten Rechtsverhältnissen

1) Rosenberg, Lehrbuch § 2 II 3a; Schönke-Schröder-Niese, Lehrbuch § 1 III 1; Nikisch, Zivilprozeßrecht, § 2 V.

Stein-Jonas-Pohle (19. Aufl. 1964), Einleitung E I 2.

2) BGHZ 37, 113, 121 (Sperrung original).

jeweils verschiedene Personen beteiligt sein läßt.¹⁾ Nach Baumgärtel richtet sich der Anspruch einer Partei auf Justizgewährung ausschließlich an das Gericht, während die Klagbarkeit (= Rechtsschutzgarantie) ausschließlich das Verhältnis zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem betrifft. Richtig ist, daß das dem Anspruch beigegebene Zwangsmittel der Klagbarkeit sich gegen den Anspruchsgegner auswirken soll. Das ist aber nur ein Aspekt der staatlichen Rechtsschutzgarantie. Adressat der Garantie ist der Berechtigte. Hierdurch entstehen offensichtlich unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen ihm und dem Staat als Garanten.²⁾ Die Klagbarkeit bezeichnet somit ein Rechtsverhältnis sowohl zwischen Berechtigtem und Gericht wie zwischen Berechtigtem und Verpflichteten. Umgekehrt beschränkt sich die Wirkung des Justizgewährungsanspruchs nicht in der Rechtsbeziehung Partei - Gericht. Es bestehen vielmehr prozessuale Pflichten der Parteien untereinander, die ihren Grund nur in dem Recht jeder Partei auf pflichtgemäße Justizausübung haben können.³⁾

b) Der Umfang der Rechtsschutzgarantie

Die staatliche Rechtsschutzgarantie ist nicht umfassend, wie die Existenz unklagbarer Ansprüche zeigt. Es fragt sich, ob die ausdrückliche oder konkludente Versagung der Klagbarkeit nicht im Widerspruch zu tragenden Verfassungsgrundsätzen steht und infolgedessen unwirksam ist. Verpflichtet mit anderen Worten das Grundgesetz den Staat dazu, den Gerichtsweg für jedes private Recht zu eröffnen? In der Tat hat Bötticher⁴⁾ eine generelle Rechtsschutzgarantie der Verfassung aus Art. 19 IV GG hergeleitet. Bötticher ist der Ansicht, die Versagung des Rechtsschutzes durch den Gesetzgeber stelle eine Verletzung durch öffentliche Gewalt im Sinne dieser Verfassungsbestimmung dar und eröffne ihrerseits den Rechtsweg. Offen bleibt dabei, gegen welches Recht des Betroffenen der Ausschluß der Klagbarkeit denn verstößt. Der Wortlaut des Art. 19 IV GG bietet jedenfalls keinen Anhaltspunkt dafür, daß jedes materielle Recht der richterlichen Entscheidungsgewalt unterworfen sein müsse. Dies hat namentlich Bettermann⁵⁾ hervorgehoben. Auch Bettermann schließt jedoch nicht aus, daß sich das Erfordernis der Klagbarkeit jedes materiellen Anspruchs aus dem Rechtsstaatsprinzip als solches (Art. 20, 28 GG) ergebe. Entschieden in diesem Sinne hat

1) A. a. O.

2) S. hierzu näher unten S. 12 f.

3) Ein Beispiel bildet die Wahrheitspflicht gemäß § 138 I ZPO. Sie besteht auch dem Gegner gegenüber, Rosenberg, Lehrbuch § 61 VII 2.

4) A. a. O.

5) Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, Bd. III, 2. Halbbd., S. 779, 788.

sich Lent ausgesprochen.¹⁾ Dieser Standpunkt ist unhaltbar. Allerdings ist im Rechtsstaat eine unkontrollierte Rechtsverwirklichung ausgeschlossen. Das Erfordernis eines kontrollfähigen Rechtsschutzes besagt aber nicht, daß es sich stets um gerichtlichen Rechtsschutz handeln muß.²⁾ Die Normierung außergerichtlicher Zwangsmittel, die nach Tatbestand und Rechtsfolge genau festgelegt sind und eine willkürliche Anwendung ausschließen, genügt der Rechtsstaatlichkeit durchaus. Das Bundesverfassungsgericht hat daher zu-
treffend den Grundsatz vertreten, das Rechtsstaatsprinzip verlange nicht, daß für jede Rechtsstreitigkeit ausnahmslos der Weg zu einem Gericht offen-
stehe.³⁾ Es liegt somit im Ermessen des Gesetzgebers, inwieweit er dem Rechtsträger das Mittel des Gerichtszwangs an die Hand geben, einen An-
spruch klagbar machen will. Daß die Beschränkung der Klagbarkeit von Staatswegen gewiß die Ausnahme bleiben wird, legen rechtspolitische Er-
wägungen nahe.

c) Die Stellung des Rechtsträgers gegenüber dem Staat

Die Einrichtung des staatlichen Rechtsschutzes - in den dargestellten Grenzen - besagt für sich allein noch nicht, daß hierdurch dem Rechtsträger ein Anspruch auf Durchsetzung seines Rechts im Gerichtsweg gewährt ist. Dies kann nur durch Verleihung eines subjektiven öffentlichen Rechts ge-
schehen sein. Subjektive öffentliche Rechte des einzelnen gegen einen Hoheitsträger bestehen insoweit, als dem Hoheitsträger bestehen insoweit, als dem Hoheitsträger Bindungen im Interesse und zum Schutz
des betroffenen Rechtsgenossen auferlegt sind.⁴⁾ Ob dies in Bezug auf den staatlichen Rechtsschutz zutrifft, kann nur aus Sinn und Zweck der staat-
lichen Rechtsschutzinstitution entnommen werden.⁵⁾ Dabei steht der An-
nahme eines subjektiven öffentlichen Rechts nicht entgegen, daß die Bin-
dung des Hoheitsträgers gleichzeitig öffentlichen Zwecken dient, sofern die Wahrung der Interessen des begünstigten einzelnen selbständiger Zweck
der Bindung bleibt und nicht lediglich eine Reflexwirkung darstellt.⁶⁾

Bei der Institution des staatlichen Rechtsschutzes stehen öffentliche Interessen und die Interessen des einzelnen Staatsbürgers nebeneinander. Wie noch näher darzulegen ist,⁷⁾ ist dem Staat an der Bewährung der Rechtsordnung

1) Urteilsanmerkung NJW 1949, 511.

2) Maunz-Dürig, Grundgesetz, Anm. 92 zu Art. 20 GG.

3) BVerfGE 8, 174, 181.

4) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, S. 173.

5) Forsthoff, a. a. O. S. 174

6) Forsthoff, a. a. O. S. 175

7) S. unten S. 29

und an der Herstellung und Erhaltung des Rechtsfriedens gelegen. Hierin liegt zweifellos ein Hauptzweck der staatlichen Rechtsschutzinstitution. Dieser Zweck steht jedoch nicht allein.¹⁾ Durch die Verwirklichung individueller Ansprüche der Rechtsgenossen dient der staatliche Rechtsschutz auch den Interessen und dem Schutz des einzelnen. In gleicher Weise, wie die materielle Rechtsordnung dem einzelnen Rechte verleiht, um ihm einen Vorteil zuzuwenden, schafft das Prozeßrecht ein wirksames Instrumentarium, um zu gewährleisten, daß der Berechtigte tatsächlich in den Genuß des Rechtsvorteils kommt. Beides - Wahrung der Belange der Gesamtheit und Schutz individueller Rechte - sind die gleich starken Intentionen des staatlichen Rechtsschutzes.²⁾

Aus dem Wesen der staatlichen Rechtsschutzinstitution als einer zugunsten der privaten Rechtsträger eingesetzten Einrichtung folgt, daß der Anspruchsinhaber neben seinem staatsbürgerlichen Justizgewährungsanspruch ein subjektiv-öffentliches Recht auf Rechtsverwirklichung besitzt.³⁾ Die Verschiedenartigkeit der beiden Anspruchssituationen zugrundeliegenden Betrachtungsweise - Anspruch auf Rechtsverwirklichung gemäß der vom konkreten Prozeßtatbestand losgelösten wirklichen Rechtslage; Justizgewährungsanspruch nach Maßgabe des Prozessergebnisses - bereitet Schwierigkeiten bei der Beurteilung des Verhältnisses, in dem die beiden Ansprüche zueinander stehen. Da von den Justizorganen nur pflichtgemäße Amtsausübung verlangt werden kann, muß angenommen werden, daß mit Erfüllung der Justizgewährungspflicht auch der Anspruch auf Rechtsverwirklichung erlischt, auch wenn nicht "richtiges" Recht gewährt worden ist. Die gleichen Schwierigkeiten tauchen im Zusammenhang mit dem Problem der materiellen Rechtskraft und des Verhältnisses von Recht und Urteilsspruch auf. Hier wie dort bietet sich die Lösung an, dem rechtskräftigen Urteil die unwiderlegliche Vermutung der Richtigkeit beizulegen.⁴⁾ Ist der Anspruch auf Rechtsverwirklichung somit für den Träger des materiellen Rechts ohne wesentliche praktische Bedeutung, so kann er bei der Bestimmung der Unklagbarkeit nicht entbehrt werden; es ist dieser Anspruch, der die Klagbarkeit des materiellen Rechts bewirkt und dessen Fehlen das

1) Mißverständlich Rosenberg § 1 III 2

2) Vgl. Pohle a. a. O. S. 198; Stein-Jonas-Pohle (19. Aufl.) Einl. C. Das gilt auch für die Revision, Pohle, Revision und neues Strafrecht, S. 83, für die Schwinge, Grundlagen des Revisionsrechts, S. 26 ff., den Gemeinschaftszweck zu Unrecht allein bestimmend sein läßt.

3) So vor allem Pohle in der 19. Aufl. des Stein-Jonas'schen Kommentars (Einl. E I 3) in ausdrücklicher Billigung der Lehre vom Rechtsschutzanspruch; ferner Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 1 III. Daß es sich um zwei verschiedene Ansprüche handelt, hat bereits Reichel a. a. O. S. 413 hervorgehoben.

4) Vgl. Pohle, Gedanken über das Wesen der Rechtskraft, Sonderdruck aus der Gedächtnisschrift für Calamandrei, S. 12.

2. Die Qualifikation der Klagbarkeit; Unklagbarkeit als negative Sachurteilsvoraussetzung

Bei der Zuordnung des Begriffs der Klagbarkeit zu einem bestimmten Rechtsgebiet bewegen wir uns im Bereich der Grenze zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht. Die Feststellung, daß die Klagbarkeit kein notwendiger Bestandteil des Anspruchs ist, genügt nicht, um sie als prozessualen Begriff zu qualifizieren. Denn es ist denkbar, daß die Rechtsordnung verschiedene Klassen von materiellen Ansprüchen statuiert und eine Klasse mit Eigenschaften ausgestattet hat, die der anderen fehlen. Andererseits ist die Erkenntnis, daß die Erzwingbarkeit als solche dem Anspruchsbegriff immanent ist, für die Qualifikation bedeutungslos, da ein dem Privatrecht angehöriges Rechtsprinzip sehr wohl Wirkungen äußern kann, die ausschließlich verfahrensrechtlicher Art sind.

Das Problem der Qualifikation stellt sich für diejenigen Autoren nicht, die in der Klagbarkeit einen integrierenden Bestandteil des Anspruchsbegriffs sehen.¹⁾ Von ihrem Standpunkt aus ist es selbstverständlich, daß die Klagbarkeit dem materiellen Recht angehört. Im übrigen ist die Qualifikation der Klagbarkeit streitig. Für die materiellrechtliche Qualifikation haben sich Kohler,²⁾ Schweitzer,³⁾ Riezler⁴⁾ und Lent⁵⁾ ausgesprochen. Da sie das Problem aber stets im Zusammenhang mit den natürlichen Verbindlichkeiten behandeln, die gerade keine unklagbaren Ansprüche sind,⁶⁾ liegt der Verdacht nahe, daß hier der Begriff der Klagbarkeit verkannt ist. Das gilt auch für die gelegentliche Stellungnahme des Reichsgerichts,⁷⁾ in der es - im Sinn der materiellrechtlichen Qualifikation - von der gegen den Anspruch gerichteten "peremptorischen Einrede der Unklagbarkeit" spricht. Demgegenüber rechnen Pohle,⁸⁾ Stech,⁹⁾ Mendelssohn-Bartholdy,¹⁰⁾ Baumgärtel,¹¹⁾ Lücke,¹²⁾ die Lehrbücher von

1) Vgl. die Nachweise oben S. 4 Note 3.

2) Gruchots Beiträge 31, 285, 290 ff.; Grünhuts Zeitschrift XIV, 14, 21 ff.

3) Urteilsanmerkung JW 1930, 2053.

4) Internationales Zivilprozeßrecht, S. 125 f.

5) Zivilprozeßrecht, § 33 IV a.E.; Urteilsanmerkung NJW 1949, 511.

6) S. oben S. 5.

7) RGZ 67, 390.

8) Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, Festschrift für Lent, S. 214 f.

9) A.a.O. S. 4; ZJP 77, 161 f.

10) JW 1930, 2052.

11) Zur Unverwirkbarkeit der Klagebefugnis, ZJP 75, 394.

12) A.a.O. S. 20.

Rosenberg¹⁾ und von Schönke-Schröder - Niese²⁾ sowie die Kommentare von Stein-Jonas - Schönke - Pohle³⁾ und Baum-bach - Lauterbach⁴⁾ die Klagbarkeit zum Prozeßrecht. Die Qualifikation erfolgt hier stets in apodiktischer Form ohne nähere Begründung.

Um eine Begründung der Qualifikation im materiellrechtlichen Sinn hat sich Magdalene Schoch⁵⁾ bemüht. Schoch geht von der Dreiteilung der Ansprüche in Nichtansprüche, nur außergerichtlich erzwingbare Ansprüche und sowohl gerichtlich wie außergerichtlich erzwingbare Ansprüche aus. Hierin sieht sie eine Rangordnung der Rechte. Der unklagbare Anspruch stellt sich gegenüber dem klagbaren als Recht minderen Rangs dar. Die Klagbarkeit erweist sich damit als Bestimmungsfaktor für den Rang des materiellen Rechts und ist in dieser Eigenschaft selbst als Begriff des materiellen Rechts zu qualifizieren. In diesem letzten Schluß liegt die Schwäche von Schochs Argumentation. Eine Rangfolge der Ansprüche läßt sich unter den verschiedensten Gesichtspunkten aufstellen. Wie das als Unterscheidungsfaktor gewählte Anspruchsmerkmal zu qualifizieren ist, hängt von der Wahl ab. Teilt man die Ansprüche etwa danach ein, ob sie der sachlichen Zuständigkeit des Amtsgerichts oder des Landgerichts unterliegen, so ist Unterscheidungsfaktor die Begründung der sachlichen Zuständigkeit eines Gerichts. Hierin liegt gewiß kein materiellrechtliches Anspruchsmerkmal. Qualifiziert aber Schoch die Klagbarkeit deshalb als materiellrechtlich, weil sie für den materiellen Rang des Anspruchs ausschlaggebend ist, so liegt hierin eine *petitio principii*.

Im Gegensatz zu Schoch qualifiziert Reichel⁶⁾ die Klagbarkeit als Merkmal des Prozeßrechts. Reichel untersucht das im Fall der Unklagbarkeit ergehende Urteil. Da der Anspruch der staatlichen Rechtsschutzgarantie ermangelt, hat der Richter das Rechtsschutzbegehren durch Klageabweisung zurückzuweisen. In der Klageabweisung kann, wie Reichel erkennt, nicht der Ausspruch enthalten sein, daß der Anspruch nicht besteht. Der unklagbare Anspruch existiert, er unterliegt nur nicht der staatlichen Jurisdiktion. Das abweisende Urteil ergeht also wegen Unzulässigkeit des Rechtsschutzbegehrens, der Klage, ist mithin Prozeßurteil. Hieraus leitet

1) § 85 II 2b.

2) § 45 III 1h.

3) Vorbemerkung II 6b, c und IV vor § 253 ZPO.

4) Gr. 4 vor § 253 ZPO.

5) Klagbarkeit, Prozeßanspruch und Beweis im Licht des internationalen Rechts, S. 59 f

6) Jherings Jahrbuch 60, 75 ff.

Reichel die prozessuale Qualifikation der Klagbarkeit ab.¹⁾ Dieser Gedankengang ist bestechend, läuft aber gleichfalls auf eine *petitio principii* hinaus. Die Klageabweisung erfolgt, weil der Anspruch nicht als klagbarer besteht. Ob hierin eine Sach- oder Prozeßabweisung liegt, entscheidet sich danach, ob die Unklagbarkeit einen materiellrechtlichen oder prozessualen Mangel darstellt. Gerade dies gilt es zu entscheiden. Die Qualifikation der Klagbarkeit muß also der Analyse des Urteils vorangehen, nicht umgekehrt.²⁾

Hierbei steht uns als Ausgangspunkt ausschließlich die Wirkung der Klagbarkeit, besser, da sich in der Ausnahme das Typische eher fassen läßt, die Wirkung der Unklagbarkeit zur Verfügung.³⁾ Insoweit besteht Verwandtschaft mit dem Problem, das sich bei der Entscheidung der Frage stellt, ob eine Rechtshandlung einer Partei Prozeßhandlung oder materielles Rechtsgeschäft ist. Auch dort wird die Qualifikation ganz überwiegend darauf aufgebaut, daß das Typische einer Prozeßhandlung ihre Wirkung als Maßnahme der Prozeßgestaltung ist.⁴⁾ Nun äußern bestimmte Parteihandlungen Wirkungen sowohl auf dem Gebiet des Prozeßrechts wie dem des materiellen Rechts, weil die einem Rechtsgebiet angehörenden Wirkungen von Tatbeständen des anderen Rechtsgebiets abhängig sind.⁵⁾ In diesem Fall ist die Qualifikation danach vorzunehmen, welche Wirkung die primäre, charakteristische, nicht wegdenkbare und welche nur aus der anderen abgeleitet, sekundär, begrifflich entbehrlich ist".⁶⁾ Daß ein solches Abgrenzungsmerkmal einen erheblichen

- 1) Den gleichen Gedanken verwendet Neukirchner, Der vertragliche Ausschluß der Klagbarkeit eines privatrechtlichen Anspruchs, S. 23, 57.
- 2) Der Hinweis Reichels a. a. O. S. 76 Note 1 auf Dernburg, Patent- und Zeichenrecht, S. 564, trifft daher, so berechtigt die Kritik ist, den vorliegenden Fall nicht. Wenn Dernburg die Abweisung wegen fehlenden Feststellungsinteresses deshalb ein materielles Urteil nennt, weil ausgesprochen wird, daß das Rechtsverhältnis nicht als momentan beitreibbares besteht, so ist das unrichtig, weil an der Eigenschaft des Feststellungsinteresses als Prozeßvoraussetzung kein Zweifel bestehen kann. Das gilt es für die Klagbarkeit erst zu beweisen.
- 3) Der Standort der Vorschriften, die die Unklagbarkeit normieren, ist für die Qualifikation unbrauchbar, da ein Gesetzeswerk materielle und verfahrensrechtliche Vorschriften in sich vereinen kann; s. Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts, I. Teil, § 2, Noten 7 und 8.
- 4) Vgl. Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, S. 44 ff., und die dortigen Nachweise. Daß sich der Begriff der Prozeßhandlung in der prozessualen Wirkung nicht erschöpft, ist im vorliegenden Zusammenhang ohne Bedeutung.
- 5) Vgl. Pohle, Besprechung von Niese: Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, MDR 1951, 702.
- 6) Lent-Lauernig, Zivilprozeßrecht, § 29 IV.

Wertungsspielraum gewährt, liegt auf der Hand. Das ist jedoch unvermeidlich und in der Wissenschaft kein Novum.

Im Gegensatz zu der Konfliktsituation bei der Beurteilung von Parteienakten ist die Wirkung der Unklagbarkeit einheitlich - keine Erzwingbarkeit des Anspruchs im Gerichtsweg -, als solche aber einer unterschiedlichen Qualifikation fähig. Auch hier läßt sich eine Zuordnung nur in der Weise denken, daß darauf abgestellt wird, welche Qualifikation das Charakteristische der Unklagbarkeitswirkung am besten erfaßt. Das ist die Qualifikation der Unklagbarkeit als Erscheinung des Prozeßrechts. Das Typische der Wirkung besteht darin, daß eine autoritative Erklärung des Staatswillens über den materiellen Anspruch ausgeschlossen ist.¹⁾ Diese Negativwirkung betrifft das Verfahren bei der Durchsetzung des Anspruchs, eine rein prozessuale Folge des materiellrechtlichen Prinzips der Erzwingbarkeit. Jede Formulierung, die - etwa mit Hilfe des Begriffs "materieller Rang des Rechts" - diesen Tatbestand mit dem materiellen Recht in Verbindung bringen will, erscheint demgegenüber nur als eine Umschreibung. In gleicher Weise wird der Ausschluß der staatlichen Gerichtsbarkeit durch den Schiedsvertrag übereinstimmend als prozessuale Wirkung angesehen.²⁾

Stellt somit die Unklagbarkeit ein Merkmal des Prozeßrechts dar, so ist eine infolge von Unklagbarkeit ergehende Klageabweisung in der Tat Prozeßabweisung. Die Unklagbarkeit erweist sich damit als negative Sachurteilsvoraussetzung.³⁾

III. Die Wirkung der Unklagbarkeit im Prozeß

Reichel hat in seiner Abhandlung über unklagbare Ansprüche aus dem Grundsatz, daß die Unklagbarkeit eine Sachentscheidung des Gerichts über den Anspruch ausschließt, bis ins Detail gehende prozessuale Folgen abgeleitet.⁴⁾ Eine Behandlung aller in diesem Zusammenhang auftauchenden

1) So die Formulierung bei Reichel a. a. O. S. 65.

2) Vgl. die Nachweise bei Baumgärtel a. a. O. S. 230 ff.

Die Parallele zur Unklagbarkeit erscheint zwingend. Anders Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Anm. I 1 zu § 1025 ZPO unter unzulässiger Argumentation mit der Naturalobligation; richtig dagegen a. a. O. Anm. II 6 vor § 253.

3) So ausdrücklich auch Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Baumbach-Lauterbach a. a. O. ;

Baumgärtel, ZZP 75, 394.

4) A. a. O. S. 64 ff.

Fragen müßte weitgehend auf eine Wiederholung der Reichelschen Ausführungen hinauslaufen. An dieser Stelle sei daher lediglich zwei Problemen besondere Aufmerksamkeit geschenkt; der Frage, ob die Unklagbarkeit vom Gericht von Amts wegen oder nur auf Einrede des Beklagten hin zu beachten ist, und der Wirkung der prozessualen Geltendmachung eines unklagbaren Anspruchs durch den Berechtigten zum Zweck der Rechtsverteidigung.

1. Beachtlichkeit des Mangels von Amts wegen

Bekanntlich wird im deutschen Zivilprozeß danach unterschieden, ob Umstände, die einer Sachentscheidung entgegenstehen, vom Gericht selbständig (von Amts wegen) zu berücksichtigen sind, oder ob hierzu eine Rüge des prozessualen Mangels durch den Prozeßgegner notwendig ist. Im ersten Fall spricht man von echten Prozeßvoraussetzungen, im zweiten von Prozeßhindernissen.¹⁾ Reichel geht von dem Satz aus, daß der Mangel einer Prozeßvoraussetzung grundsätzlich von Amts wegen zu berücksichtigen ist, und plädiert daher für den Fall der Unklagbarkeit kraft Gesetzes für Klageabweisung auch ohne Rüge des Beklagten.

Der Umstand, daß bei der Aufzählung der prozeßhindernden Einreden (Prozeßhindernisse) in § 274 II ZPO die Unklagbarkeit nicht enthalten ist, berechtigt nicht zu einem Schluß auf die Natur dieses prozessualen Mangels. Der Begriff der Unklagbarkeit ist von der Wissenschaft entwickelt worden und war den Verfassern der ZPO fremd.²⁾ Eine Entscheidung kann daher nur vom gesetzgeberischen Motiv aus getroffen werden, das der Normierung des Rügeerfordernisses zugrundeliegt. Der Gesetzgeber stellt darauf ab, daß die Berücksichtigung bestimmter prozessualer Mängel ausschließlich im Interesse des Beklagten liegt; hier soll es beim Beklagten stehen, die Beachtung durch das Gericht zu erzwingen. Wo dagegen die Berücksichtigung von Mängeln im öffentlichen, d. h. staatlich verfolgten Interesse geboten ist, ist die Beachtlichkeit vom Parteiverhalten unabhängig.³⁾

Dieser Grundsatz führt dazu, der These Reichels zuzustimmen. Der Normierung der Unklagbarkeit in den Fällen der §§ 1001 S. 1, 1394 a. F. BGB und 375 HGB liegt die Absicht zugrunde, durch Ausschluß einer Sachentscheidung über die betroffenen Ansprüche nach Möglichkeit ein gerichtliches Verfahren überhaupt zu verhindern, weil seine Vermeidung öffentlichen Interessen entspricht. Dies wird besonders deutlich bei der Bestimmung des § 1394

1) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Anm. I 2 zu § 274 ZPO.

2) Wie Reichel a. a. O. S. 70 ff. zutreffend ausführt, ist Unklagbarkeit nicht gleichbedeutend mit Unzulässigkeit des Rechtswegs. S. dazu unten S. 50 ff.

3) Vgl. Nikisch, Zivilprozeßrecht, § 56 I 2.

a.F. BGB; eine gerichtliche Auseinandersetzung würde das eheliche Verhältnis belasten. Diese Bestimmung dient daher dem ehelichen Frieden,¹⁾ an dessen Erhaltung der Staat ein natürliches Interesse hat. Der Klagbarkeitsausschluß in den §§ 1001 S. 1 BGB und 375 HGB dient dem Ziel, die staatlichen Gerichte in solchen Fällen von Prozessen zu entlasten, in denen der vom Kläger begehrte Erfolg ebenso gut oder besser durch außergerichtliche Mittel herbeigeführt werden kann. Diese Bestimmungen sollen die staatlichen Einrichtungen vor unnötiger Inanspruchnahme schützen. Aus dem Zweck ihrer Normierung ergibt sich damit die Eigenschaft der gesetzlichen Unklagbarkeit als echte Prozeßvoraussetzung. Die Unklagbarkeit ist hier von Amts wegen zu berücksichtigen.²⁾

2. Die Geltendmachung eines unklagbaren Anspruchs durch den Berechtigten zum Zweck der Rechtsverteidigung

Die Unklagbarkeit als negative Prozeßvoraussetzung hindert eine sachliche Entscheidung des Gerichts über den unklagbaren Anspruch. Ausgeschlossen ist sowohl ein Leistungsurteil wie ein Feststellungsurteil. Denn auch dem Feststellungsurteil wohnt, wie Reichel zutreffend hervorhebt,³⁾ ein Moment gerichtlichen Zwangs inne. Es ist zwar nicht eigentlich vollstreckbar.⁴⁾ Die durch Urteil getroffene Feststellung des Anspruchs wird einen redlichen und leistungsfähigen Gegner jedoch zur Erfüllung veranlassen, weshalb die an sich subsidiäre Feststellungsklage trotz möglicher Leistungsklage neben dieser zulässig ist, wenn diese Eigenschaften beim Beklagten als gegeben vorausgesetzt werden können.⁵⁾ Unzulässig ist aber nicht nur die positive, sondern auch die negative Feststellungsklage, die durch den Anspruchsgegner erhoben wird. Denn im Fall der Abweisung der negativen Feststellungsklage zur Sache würde das Urteil die Feststellung des Bestehens des unklagbaren Anspruchs enthalten, also einem stattgebenden Urteil auf positive Feststellungsklage entsprechen.⁶⁾

Diese Grundsätze können jedoch dann nicht angewendet werden, wenn die Geltendmachung des unklagbaren Anspruchs vor Gericht ein Verteidigungsmittel des Anspruchsinhabers darstellt. Hierbei handelt es sich um Fälle, in

1) Staudinger-Engelmann, 7./8. Aufl., Anm. 1 zu § 1394 BGB.

2) So auch Pohle, Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, Festschrift für Lent, S. 215.

3) a. a. O. S. 65.

4) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Anm. II 2 vor § 253 ZPO.

5) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Anm. III 5 b β zu § 256 ZPO (Beispiel: Feststellungsklage gegen den Fiskus).

6) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, a. a. O. Anm. V 1.

denen sich der Anspruchsinhaber auf ein Recht zu außergerichtlichem Zwang beruft. Der auf Leistung verklagte Anspruchsinhaber wendet etwa die Aufrechnung mit dem unklagbaren Anspruch ein, der auf Herausgabe in Anspruch genommene Besitzer einer Sache beruft sich auf ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht, für das ein unklagbarer Anspruch die Grundlage bildet. Die Zulassung dieser Verteidigungsmittel hat weitreichende Folgen. Im Fall der Aufrechnung erwächst die Entscheidung über den unklagbaren Gegenanspruch in den Grenzen des § 322 II ZPO in Rechtskraft. Gleichwohl hat Reichel dafür plädiert, daß die einredeweise Geltendmachung des unklagbaren Anspruchs für das Gericht beachtlich ist.¹⁾ Zur Begründung führt er an, hier liege keine eigentliche "Geltendmachung" des Anspruchs vor, die Unklagbarkeit müsse insoweit aus Gründen der Waffengleichheit eingeschränkt werden und schließlich stehe der unklagbare Anspruch dem Nichtanspruch "so gut wie gleich", wenn dem Anspruchsinhaber die Berufung auf die außergerichtliche Zwangsbefriedigung versagt werde. Dieses letzte Argument rührt an den Kern der Sache. Der unklagbare Anspruch muß, soll er Anspruchsqualität besitzen, erzwingbar sein. Der außergerichtliche Zwang wird unwirksam, wenn nicht die Möglichkeit besteht, daß das Gericht die durch ihn ausgelöste Rechtswirkung gegenüber einem widerstrebenden Verpflichteten feststellt. Hierfür ist wiederum Bedingung, daß die Tatbestandsvoraussetzung dieser Wirkung, das Bestehen des unklagbaren Anspruchs, der Entscheidungsgewalt des Gerichts unterliegt. Daß hierdurch der vom Berechtigten ausgeübte Zwang nicht zum gerichtlichen wird, ist bereits früher ausgeführt worden.²⁾ Die Zulässigkeit der einredeweisen Geltendmachung des unklagbaren Anspruchs im Prozeß in den genannten Fällen ist also eine Notwendigkeit des Anspruchsbegriffs selbst.

Entsprechendes muß gelten, wenn der Inhaber des unklagbaren Anspruchs gemäß § 256 ZPO Klage auf Feststellung erhebt, daß der Gegenanspruch durch Aufrechnung erloschen ist.³⁾ Der Unterschied zu der soeben geschilderten Situation besteht nur darin, daß der Verpflichtete sich trotz Aufrechnung des Gegenanspruchs berührt, seinerseits aber noch nicht Klage auf Erfüllung erhoben hat. Gestattet hier § 256 ZPO die vorgezogene negative Feststellungsklage, so muß das Gericht in gleicher Weise entscheidungskompetent sein, wie wenn der Inhaber des unklagbaren Anspruchs sich auf die Verteidigung mittels Einrede in einem vom Gegner anhängig gemachten Prozeß beschränkte.

1) A. a. O. S. 94 ff.

2) Oben S. 3

3) Ebenso Reichel a. a. O. S. 99.

2. Kapitel: DER VERTRAGLICHE AUSSCHLUSS DER KLAGBARKEIT

I. Der Geltungsbereich des Vertrages

1. Der Klagbarkeitsausschluß als Prozeßvertrag

Einigen sich Anspruchsinhaber und Verpflichteter darüber, daß der Anspruch unklagbar sein soll, so zielen sie mit diesem Geschäft auf eine typisch prozessuale Wirkung, nämlich die Begründung einer negativen Sachurteilsvoraussetzung.¹⁾ Ein solches Rechtsgeschäft als Vertrag anzusehen, bestehen keine Bedenken. Es weist alle Merkmale des Vertrags im gesetzestechnischen Sinn auf.²⁾ Die Vertragsqualität fehlt ihm nicht deshalb, weil es nicht "eine Umgestaltung der Privatrechtsordnung" zum Gegenstand hat.³⁾ Der Vertrag ist eine allgemeinrechtliche Rechtsform⁴⁾ und daher auch im Prozeßrecht denkbar; einige prozessuale Bestimmungen setzen ihn sogar voraus. In der Tat sehen wir das Wesen eines sogenannten Prozeßvertrages heute darin, daß die Parteien - und zwar nicht notwendig innerhalb eines anhängigen Verfahrens - durch beiderseitige Willensübereinstimmung einen Zustand schaffen, der typischerweise Wirkungen auf dem Gebiet des Prozeßrechts äußert.⁵⁾

Der Ausschluß der Klagbarkeit kann zusammen mit der Begründung des Anspruchs oder später vereinbart werden. Im letzten Fall der zeitlichen Trennung vom materiellrechtlichen Rechtsgeschäft der Anspruchsbegründung ist der Charakter des Klagbarkeitsausschlusses als Prozeßvertrag besonders greifbar. Aber auch bei Verbindung mit dem materiellrechtlichen Rechtsgeschäft liegen systematisch zwei verschiedene Verträge vor. Der einheitliche Lebensvorgang ist in einen materiellrechtlichen und einen prozessualen Vertrag aufzugliedern. Der Klagbarkeitsausschluß besitzt selbständigen prozessualen Gehalt auch dann, wenn er äußerlich mit einem materiellrechtlichen Vertrag verbunden ist.⁶⁾ Er unterliegt daher stets einer selbständigen rechtlichen Beurteilung.

1) S. oben S. 15 f.

2) Vgl. Enneccerus-Nipperdey a. a. O. § 146 II 1.

3) Hierin sieht Michel, Absolute Nichtigkeit von Zivil- und Strafurteilen im geltenden deutschen Prozeßrecht, S. 23 ff., das Wesen des Vertrags.

4) Heinrich Lehmann, Artikel "Vertrag" in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. VI.

5) Schiedermaier, Vereinbarungen im Zivilprozeß, S. 39

6) Schiedermaier a. a. O. S. 155. Vgl. für den Prorogationsvertrag auch Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Anm. II 1 c zu § 38 ZPO.

2. Die Zulässigkeit von Prozeßverträgen

Das Verfahrensrecht setzt verschiedentlich den Abschluß von Prozeßverträgen voraus, so beispielsweise den Prorogationsvertrag (§ 38 ZPO), den Schiedsvertrag (§ 1025 ZPO), Verträge über die Art der Sicherheitsleistung (§ 108 ZPO), über die Abkürzung von Fristen (§ 224 I ZPO) und über die Zuziehung bestimmter Personen als Sachverständiger (§ 404 IV ZPO), den Prozeßvergleich (§ 794 I Nr. 1 ZPO) und den Zwangsvergleich (§ 173 KO). Daß diese Verträge inhaltlich zulässig sind, ist nicht zweifelhaft.

Die gesetzliche Regelung ist zum Anlaß genommen worden, Prozeßverträge, soweit sie im Gesetz nicht vorgesehen sind, für unzulässig zu erklären. Den Hintergrund für diese Lehre bildet die Anschauung des Prozeßrechts als öffentlichen Rechts. Auf seine Gestalt, so heißt es, könnten die Parteien keinen Einfluß üben. Die Ausgestaltung des Prozeßrechts stehe vielmehr ausschließlich im Belieben des Staates, der Träger der Rechtsprechung sei, die Rechtssuchenden müßten Recht in der Form nehmen, in der es der Staat gebe.¹⁾ Namentlich Hellwig²⁾ sieht in Vereinbarungen der Parteien über prozessuale Befugnisse einen Widerspruch zur "publizistischen Natur" der Rechtsbeziehungen jeder Partei zum Gericht. Ähnlich äußert sich Goldschmidt³⁾ unter Hinweis auf die Unzulässigkeit des Konventionalprozesses.

Aus der Tatsache der gesetzlichen Regelung bestimmter Arten von Prozeßverträgen können sich, insbesondere bei Betrachtung des hiermit vom Gesetzgeber verfolgten Zwecks, Anhaltspunkte dafür ergeben, ob die Dispositionsbefugnis der Parteien über gewisse Teile des normierten Verfahrens eingeschränkt ist.⁴⁾ Ein genereller Schluß der Art, daß die gesetzliche Zulassung einiger Prozeßverträge die Unzulässigkeit aller weiteren prozessualen Vereinbarungen bedeute, kann dagegen nicht, auch nicht aus der Natur der Prozeßrechtsnormen, gezogen werden. Damit würde unterstellt, daß die positive Prozeßrechtsordnung eine erschöpfende Aufzählung aller für das Verfahren relevanter Bestimmungen darstellte und daß - was im vorliegenden Fall von besonderer Bedeutung ist - diese Bestimmungen stets unabhängig von Tatbeständen gelten sollen, die durch das Verhalten der Parteien ge-

1) Vgl. Bülow, Dispositives Zivilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, AcP 64, 1 ff., 94 ff.; Pollak, Geständnis im Civilprozeß, S. 48, 79; Bunsen, Prozeßrechtsgeschäfte, ZJP 35, 401, 407.

2) Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft, S. 47; Anspruch und Klagrecht, S. 159 ff.

3) Der Prozeß als Rechtslage, S. 311.

4) So ist im Verlauf dieser Untersuchung noch besonders auf das Institut des Schiedsvertrags einzugehen. S. unter S. 30 ff.

schaffen werden. Der Beweis hierfür läßt sich, wie Schiedermaier zutreffend hervorhebt,¹⁾ nicht erbringen. Auch im öffentlichen Recht ist die Parteiiinitiative keineswegs ausgeschlossen; ihr ist nur geringerer Raum als im Privatrecht gewährt.²⁾

Es ist vielmehr bei einem Prozeßvertrag, der von der Verfahrensordnung nicht ausdrücklich vorgesehen ist, jeweils besonders zu prüfen, inwieweit die gesetzliche Regelung, von der er abweicht, zwingend ist oder nicht. Diese Frage kann nur aus den Prinzipien unseres Verfahrensrechts entschieden werden, d. h. es kommt darauf an, ob der Prozeßvertrag mit den Grundsätzen und Zwecken des Prozeßrechts in Einklang steht.³⁾ Da der Zivilprozeß aber, wie dargelegt,⁴⁾ dem doppelten Zweck der Bewährung der Rechtsordnung und der Durchsetzung subjektiver Rechte dient, setzt diese Prüfung die Abwägung der staatlichen Interessen und der Interessen der Parteien voraus. Aus der Abwägung der Parteiinteressen von denjenigen der Rechtspflegeorgane an der Erfüllung ihrer Rechtsschutzaufgabe ergibt sich die Abgrenzung von dispositivem und zwingendem Zivilprozeßrecht.⁵⁾

Das Wesen des dispositiven Rechts sehen wir mit Bülow⁶⁾ in der "Ausstattung der Rechtssubjekte mit der rechtlichen Macht zur eigenen Rechtsbestimmung namens und kraft der Rechtsordnung". Der einzelne Rechtsunterworfenen ist niemals in der Lage, staatliches Recht abzuändern. Mitunter wird ihm jedoch von der Rechtsordnung die Möglichkeit zur Rechtsgestaltung dadurch eingeräumt, daß das absolute Recht Ausparungen enthält. Die zur Ausfüllung dieser Lücken erlassenen Vorschriften gelten subsidiär und treten hinter der Gestaltung kraft Parteiiinitiative zurück. Soweit sie durch Parteigestaltung verdrängt werden, ist dies damit die Folge einer tatbestandlichen Selbstbeschränkung des Rechts. So sind die Bestimmungen der ZPO über den Gerichtsstand tatbestandlich insoweit eingeschränkt, als die Parteien zulässigerweise eine Gerichtsstandsvereinbarung gemäß §§ 38, 39 ZPO getroffen haben. An diesem Beispiel zeigt sich, daß in den Fällen dispositiven Rechts, die als solche bereits durch den Gesetzeswortlaut kenntlich gemacht sind, vom Gesetz auch der Rahmen festgelegt ist, innerhalb dessen sich die Parteiiinitiative zu bewegen hat. Anders im Fall

1) A. a. O. S. 47

2) Schiedermaier a. a. O. S. 56 mit weiteren Nachweisen.

3) Schiedermaier a. a. O. S. 56 f.

4) Oben S. 11 f.

5) So die Formulierung von Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, S. 188. Ebenso Schiedermaier a. a. O. S. 58.

6) A. a. O. S. 45.

der durch Gesetzesauslegung zu ermittelnden Disponibilität. Hier gilt es, an Hand der gewonnenen Auslegungsgrundsätze nicht nur die Beschränkungs-fähigkeit des Tatbestandes an sich, sondern auch den Umfang festzustellen, in dem einer Gestaltung gemäß dem Parteiwillen Raum gegeben ist.

II. Zulässigkeit des Klagbarkeitsausschlusses

Die Frage, ob durch Vereinbarung der Parteien wirksam ausgeschlossen werden kann, daß ein ordentliches Gericht über einen privatrechtlichen Anspruch sachlich entscheidet, ist in der Wissenschaft verhältnismäßig häufig, von der Rechtsprechung gelegentlich erörtert worden. Selten sind jedoch die-jenigen Stellungnahmen, die sich mit der vereinbarten Unklagbarkeit im hier dargestellten Sinn befassen. Die Verwendung des Terminus "Klagbar-keit" erfolgt in unterschiedlicher Bedeutung. Teilweise wird dem klagbaren Anspruch die natürliche Verbindlichkeit gegenübergestellt, z. T. wird nicht klar zwischen Klagbarkeit und Rechtsweg unterschieden. Bei aller terminolo-gischen Verwirrung lassen sich jedoch bestimmte Gruppen von Argumenten für und gegen die vereinbarte Klaglosigkeit, wie sie vorliegend verstan-den wird, bilden. Im folgenden seien zunächst die gegen die Zulässigkeit vorgebrachten Gründe zusammengefaßt, aus deren anschließender Kritik sich die eigene Stellungnahme unter Berücksichtigung der Argumente der Befürworter der Zulässigkeit entwickelt.

1. Die Gründe gegen die Zulässigkeit des Klagbarkeits-ausschlusses

a) Verstoß gegen zwingende Normen des öffentlichen Rechts

Das häufigste Argument, das gegen die Zulässigkeit des vertraglichen Klagbarkeitsausschlusses ins Feld geführt wird, lautet, die Klagbarkeit eines Anspruchs werde durch zwingende Normen des öffentlichen Rechts statuiert, die der Parteidisposition nicht unterlägen. In diesem Sinn haben sich vor allem die Vertreter der Lehre vom Rechtsschutzanspruch, namentlich Hellwig¹⁾ und Stein²⁾ erklärt. Insbesondere bei Stein klingt das

1) Anspruch und Klagrecht, S. 159: "Prinzipiell nichtig ist ein Verzicht auf die Geltendmachung des Klagrechts."

2) Kommentar, Bd. I, Anm. IV 1 vor § 253 ZPO: "Die Pflicht des Staates, den Rechtsschutz zu gewähren, beruht nicht auf dem Willen der Parteien und kann durch ihn nicht ausgeschlossen werden."

Bedenken durch, das er gegen den Verzicht auf ein subjektives öffentliches Recht durch Erklärung nicht gegenüber dem verpflichteten Hoheitsträger, sondern gegenüber dem - nach der Lehre vom Rechtsschutzanspruch - insoweit ganz unbeteiligten Anspruchsverpflichteten hat. Aus dem gleichen Grund hält auch Schiedermair¹⁾ den Ausschluß der Klagbarkeit durch Parteivereinbarung für unwirksam. Die Vorstellung von der Unabdingbarkeit der Klagbarkeit als Folge öffentlichrechtlicher Regelung liegt aber auch, unabhängig von der Lehre vom Rechtsschutzanspruch, der ablehnenden Stellungnahme von Kisch²⁾, Bunsen³⁾ und Mendelssohn-Bartholdy⁴⁾ zugrunde. Schließlich findet sich dieses Argument in der Rechtsprechung. Bereits das Reichsoberhandelsgericht hat angenommen,⁵⁾ der zwischen den Parteien vereinbarte Verzicht auf den Gerichtsweg⁶⁾ sei nichtig, da dieser Weg aus Gründen der öffentlichen Ordnung eingeführt sei. Das Reichsgericht hat, wenn auch in anderem Zusammenhang, ausgesprochen, der Ausschluß der Verfolgbarkeit eines Rechts vor Gericht widerspreche "den öffentlichen Normen, die in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten den Beteiligten das richterliche Gehör gewährleisten".⁷⁾

Eine besondere Ausprägung hat diese Auffassung in der Lehre dadurch erfahren, daß man eine verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantie umfassen-der Art annimmt.⁸⁾ Gegen die Möglichkeit des vertraglichen Ausschlusses der Klagbarkeit haben diesen Gesichtspunkt Mendelssohn-Bartholdy⁹⁾ und Friedrich Lent¹⁰⁾ geltend gemacht.

b) Umkehrschluß aus der gesetzlichen Regelung des Schiedsvertrags

Den Ausschluß der staatlichen Gerichtsbarkeit enthält - in seinem negativen Teil - der Schiedsvertrag. Der Versuch liegt nahe, aus der gesetzlichen

1) A. a. O. S. 90 ff.

2) Einige Bemerkungen zum Wesen des Schiedsvertrags, ZZP 51, 321, 329.

3) A. a. O. S. 410.

4) A. a. O.

5) Seufferts Archiv 32, Nr. 135 = ROHG 21, 84.

6) Die Entscheidung spricht von Rechtsweg, womit in der damaligen Terminologie (es gab nur den ordentlichen Rechtsweg) der Weg vor die Gerichte schlecht-hin gemeint ist.

7) RGZ 80, 189, 191; ähnlich RGZ 29, 319; 37, 427; 111, 276; RG JW 1906, 396; vgl. auch OLG Colmar, Das Recht 1910, Nr. 3408.

8) S. oben S. 10 f.

9) A. a. O.

10) Vgl. oben S. 11, Note 1.

Regelung der §§ 1025 ff. ZPO Anhaltspunkte dafür zu gewinnen, wie sich das Gesetz allgemein zum vertraglichen Ausschluß der Klagbarkeit stellt. Die Gegner des vertraglichen Ausschlusses haben dies mittels Umkehrschlusses getan. So sagt Lent¹⁾: "Gegen die Zulässigkeit dieses Ausschlusses spricht die Einrichtung des Schiedsverfahrens überhaupt ... Warum ist es geregelt und mit Kautelen für den Rechtsschutz versehen, wenn der Ausschluß des Rechtswegs²⁾ in beliebiger anderer Weise zulässig sein soll?" Im gleichen Sinne haben Kisch³⁾ und Mendelssohn-Bartholdy⁴⁾ auf den Ausnahmecharakter der Bestimmungen über den Schiedsvertrag hingewiesen. In der Rechtsprechung hat sich das Reichsgericht⁵⁾ auf die Regelung des Schiedsverfahrens bezogen und aus ihr die Unzulässigkeit des ersatzlosen Ausschlusses der staatlichen Gerichtsbarkeit abgeleitet.

c) Verstoß gegen Treu und Glauben und die guten Sitten

Verschiedentlich wird die Unzulässigkeit des vertraglichen Klagbarkeitsausschlusses damit begründet, die Zulassung führe zum Recht des wirtschaftlich stärkeren und begünstige so mißbräuchliche Verwendung. Bedenken dieser Art finden sich bei Mendelssohn-Bartholdy⁶⁾, Comte⁷⁾ und Sommer⁸⁾. Während Mendelssohn-Bartholdy seine Vorbehalte rechtspolitischer Art nennt, nimmt Sommer anscheinend an, daß der vertragliche Ausschluß der Klagbarkeit generell gegen Treu und Glauben verstößt. Comte erwägt die Anwendbarkeit von § 138 I BGB, räumt aber ein, daß diese Vorschrift in zahlreichen denkbaren Fällen nicht einschlägig sein dürfte.

Neukirchner⁹⁾ nimmt offenbar einen generellen Verstoß gegen die guten Sitten in solchen Fällen an, in denen die unklagbare Verbindlichkeit Bestandteil eines gegenseitigen Vertrages ist. Da die Erfüllung der unklagbaren

1) An der oben S. 11, Note 1 angegebenen Stelle.

2) Da Lent im Ausschluß der Klagbarkeit einen Mangel im materiellen Recht sieht, ist seine Äußerung offenbar auf die Versagung des Gerichtsschutzes bezogen.

3) A. a. O.

4) A. a. O.

5) RGZ 80, 189; 111, 276; Warneyers Rechtsprechung 1911, Nr. 304.

6) A. a. O.

7) Urteilsanmerkung JW 1930, 2053.

8) Kann man den Rechtsweg durch Vereinbarung ausschließen? in: Leipziger Zeitschrift 1932, Sp. 740.

9) A. a. O. S. 46.

Leistung praktisch im Belieben des Schuldners stehe, liege hier eine so schwere Störung des Äquivalenzverhältnisses vor, daß die Grenze der Sittenwidrigkeit überschritten werde.

Eigenwillig begründet Bunsen¹⁾ seine ablehnende Stellungnahme. Der Ausschluß der Klagbarkeit zwingt den Gläubiger zur Selbsthilfe. Da Selbsthilfe grundsätzlich verboten ist, verstoße der Vertrag gegen §§ 134 und 138 BGB.

2. Kritik der Gründe gegen die Zulässigkeit; Begründung der Zulässigkeit

a) Die Vereinbarung der Unklagbarkeit als Realisierung der Tatbestandsbeschränkung der Klagbarkeitsnorm

aa) Die Abdingbarkeit der Klagbarkeitsnorm

Der Stellungnahme gegen die Zulässigkeit des vertraglichen Ausschlusses der Klagbarkeit als eines zwingende öffentlichrechtliche Normen tangierenden Rechtsgeschäfts liegt zwangsläufig die Vorstellung zugrunde, daß die Parteien es unternehmen, mit ihrer Vereinbarung in die publizistische Rechtsordnung einzugreifen. Dies gilt unabhängig davon, ob im einzelnen angenommen wird, daß das öffentliche Recht dem Anspruchsinhaber eine Rechtsposition einräumt, auf die dieser durch den Klagbarkeitsausschluß verzichtet oder nicht. Gegenstand des Eingriffs der Parteien wäre eine Prozeßrechtsnorm des Inhalts, daß Ansprüche - vorbehaltlich anderer gesetzlicher Regelung - klagbar sind, wobei dahinstehen mag, ob man sich diesen Satz als ungeschriebene Generalklausel dem Verfahrensrecht vorangestellt denken muß oder ihn, wie Rosenberg lehrt,²⁾ aus § 1 GVG herauszulesen hat.

Wie bereits zu begründen versucht wurde,³⁾ besteht das Wesen der Klagbarkeit in der staatlichen Rechtsschutzgarantie bzw. dem aus ihr fließenden subjektiven öffentlichen Recht des einzelnen Rechtsträgers. Es liegt in der Tat nahe, im vertraglichen Ausschluß der Klagbarkeit den Verzicht des Anspruchsinhabers auf dieses Recht zu sehen. Dem entspricht es, wenn die beiden ausführlichsten Monographien über den vertraglichen Ausschluß der Klagbarkeit, die Abhandlungen Reichels⁴⁾ und

1) A. a. O.

2) Lehrbuch, § 90 II.

3) Oben S. 11 f.

4) Jherings Jahrbuch 59, 445, 447 ff.

Neukirchners¹⁾, der Frage breiten Raum widmen, ob subjektive öffentliche Rechte und ihre Ausübung verzichtbar sind oder nicht. Gegenüber der Bejahung dieser Frage wiegen allerdings die Einwände Hellwigs, Steins und Schiedermairs²⁾ schwer, daß der Verzicht auf ein subjektives öffentliches Recht bzw. seine Ausübung doch wohl die Vornahme des Verzichtsgeschäfts gegenüber dem Verpflichteten erfordert. Verpflichtet ist aber jedenfalls auch der Staat. Daß der Verzichtwille der zuständigen Behörde bekundet werden muß, ist unstreitig; vertragliche Zusagen an einen Dritten genügen nicht.³⁾ Für den Verzicht auf die Rechtsausübung kann nichts anderes gelten. Gerade hierum handelt es sich aber beim vertraglichen Ausschluß der Klagbarkeit nicht; der Ausschlußvertrag vollzieht sich ausschließlich zwischen den Parteien des materiellen Rechtsverhältnisses. Eine prozessuale Wirkung dieses Vertrags läßt sich mit Hilfe der Konstruktion eines Verzichts auf die öffentliche Rechtsposition der Klagbarkeit nicht erklären.

Diese Konstruktion vermag aber auch den Sachverhalt, der sich beim vertraglichen Ausschluß der Klagbarkeit darstellt, nicht zu erfassen. Dies ist vielmehr nur möglich, wenn man erkennt, daß die Klagbarkeitsnorm abdingbar ist.

Schließen die Parteien einen Schiedsvertrag, so kann der materielle Anspruch nach Maßgabe der §§ 1025 ff. ZPO nicht im staatlichen Gerichtsweg durchgesetzt werden. Klagt der Berechtigte den Anspruch ein, so steht dem Gegner die prozeßhindernde Einrede des § 274 II Nr. 3 ZPO zu. Diese Wirkung hat Kisch⁴⁾ dahin gekennzeichnet, daß kraft prozeßrechtlicher Norm eine Erstreckung des Parteiwillens auf das staatliche Verfahren stattfindet. Auch hier besteht das Spannungsverhältnis zwischen staatlicher Rechtsschutzgarantie und Parteivereinbarung, das durch das Prozeßrecht im Sinn der Subsidiarität der Klagbarkeit gelöst ist. Ein Verzicht der Parteien des Schiedsvertrags auf Gerichtsschutz, d. h. die Preisgabe der Rechtsposition gegenüber dem Staat, liegt im Vertragsschluß nicht. Denkbar wäre allerdings, daß die Rechtsordnung lediglich die Umstände, unter denen die Verzichtserklärung zu erfolgen hat, abweichend von den sonst geltenden Grundsätzen geregelt hätte. Hiergegen spricht aber die Regelung des § 274 ZPO. Läge ein Verzicht im technischen Sinn vor, so wäre es unerklärlich, warum die prozeßhindernde Einrede gemäß § 274 I ZPO ausschließlich vom Beklagten

1) A. a. O. S. 27 ff.

2) Vgl. oben S. 23 f.

3) Forsthoff, a. a. O. S. 263

4) A. a. O. S. 325.

vorgebracht werden kann und das Verhalten des Klägers, mag sich aus ihm auch der einredefähige Sachverhalt ergeben, für das Gericht unbeachtlich ist. Wenn der Schiedsvertrag das staatsgerichtliche Verfahren unzulässig macht, also insofern eine unmittelbare prozessuale Wirkung besitzt, als er dem Beklagten eine prozessuale Einrede gewährt, so kann das nur so gedeutet werden, daß die staatliche Rechtsschutzgarantie hinter die Gestaltung kraft Parteiwillens zurücktritt. Diese Erscheinung ist nicht auf den Schiedsvertrag beschränkt. Gleiches findet sich beim Rechtsmittelverzicht gemäß §§ 514, 566 ZPO. § 514 ZPO bestimmt nichts darüber, wem gegenüber die "Verzichts"-Erklärung abzugeben ist.¹⁾ Es ist aber seit langem anerkannt, daß die Erklärung sowohl dem Gericht wie dem Gegner gegenüber erfolgen kann.²⁾ Im Fall der Erklärung gegenüber dem Gegner ist das Rechtsmittel auf dessen Einrede hin als unzulässig zu verwerfen.³⁾ Damit ist der Regelung des § 274 ZPO entsprochen. Dieselbe Wirkung tritt ein im Fall des vor Erlaß des Urteils zwischen den Parteien vereinbarten Rechtsmittelverzichts, der im Gesetz überhaupt nicht geregelt ist. Seine Zulässigkeit, und zwar mit unmittelbarer prozessualer Wirkung der Art, daß das trotzdem eingelegte Rechtsmittel auf Einrede des Gegners hin als unzulässig zu verwerfen ist, ist heute nahezu unbestritten.⁴⁾ Auch hier entsteht durch Parteigestaltung ein Tatbestand, auf den sich die staatliche Rechtsschutzgarantie nicht erstreckt.

Dieses letzte Beispiel zeigt zugleich, daß die Abdingbarkeit der öffentlichrechtlichen Norm, die die Klagbarkeit der Ansprüche bestimmt, nicht positivrechtlich geregelt zu sein braucht. In welchen Grenzen die Klagbarkeit allgemein abgedungen werden kann, ist, entsprechend den oben herausgestellten Grundsätzen über dispositives Prozeßrecht, durch Abwägung der betroffenen staatlichen und privaten Interessen zu ermitteln.⁵⁾

1) Vgl. BGHZ 2, 112, 113.

2) Vgl. statt vieler Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Anm. II 1a, Baumbach-Lauterbach, Anm. 2 A, je zu § 514 ZPO.

3) BGH in Lindenmaier-Möhrling, Nachschlagewerk, Nr. 3 zu § 514 ZPO.

4) Schiederemair a. a. O. S. 68 ff.; Baumgärtel a. a. O. S. 206 ff.; Rosenberg, Lehrbuch, § 134 II 3b; Schönke-Schröder-Niese, Lehrbuch, § 84 IV 2; Nikisch, Zivilprozeßrecht, § 119 II 3; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Anm. I, Baumbach-Lauterbach, Anm. 1, je zu § 514 ZPO. Abweichend Wieczorek, Anm. B II e 1 zu § 514 ZPO.

5) Vgl. oben S. 22

bb) Der Umfang der Abdingbarkeit und ihre Realisierung

Der Staat, der die Selbsthilfe, von unbedeutenden Ausnahmen abgesehen, verbietet, muß den Rechtsunterworfenen, soll das Verbot nicht zu einer Lähmung des Rechtslebens führen, Mittel zur Rechtsdurchsetzung zur Verfügung stellen. Dies ist - wenn man die außergerichtlichen Zwangsbeugnisse beiseite läßt - durch die Einrichtung des staatlichen Gerichtsschutzes geschehen. Der Zivilprozeß dient damit den Interessen des Staates in zweifacher Hinsicht; einmal verwirklicht (bewährt) sich durch ihn die objektive Rechtsordnung,¹⁾ zum anderen dient er der Herstellung von Rechtsgewißheit und Rechtssicherheit zwischen den Parteien dadurch, "daß jeder nach Möglichkeit einen bindenden Ausspruch über die Rechtslage erhalten kann".²⁾ Der vom Staat durch das Institut des Zivilprozesses verfolgte Zweck muß aber seinerseits im Rahmen des allgemeinen Staatszwecks gesehen werden. Der leitende Gedanke der staatlichen Zweckbestimmung ist, daß der Staat durch planmäßige Organisation individuelle, nationale und menschheitliche Solidarinteressen zu erfüllen hat.³⁾ Verwirklichung der Rechtsordnung und Herstellung von Rechtsfrieden sind also niemals staatliches Interesse per se, sondern nur in den Grenzen der gemeinschaftlichen Interessen der Staatsbürger. Nur soweit also diese Interessen reichen, besitzt der Staat ein zwingendes Interesse an der Gewährung von Rechtsschutz.

Ein generelles Interesse der Rechtsgemeinschaft an der Verwirklichung der Gerechtigkeit und der Schaffung von Rechtsgewißheit in jedem einzelnen Konfliktfall wird man schwerlich annehmen können. Das zeigt die Ausgestaltung des zivilen Gerichtsschutzes. Abgesehen davon, daß es dem Berechtigten überlassen ist, ob er die staatliche Hilfe überhaupt in Anspruch nimmt, haben die Parteien auf Grund der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime weitgehenden Einfluß auf den Ausgang des Verfahrens. Diese Prozeßmaximen schließen die Möglichkeit eines von der objektiven Rechtslage abweichenden Urteils ein.⁴⁾ Damit muß hinsichtlich der Verwirklichung der Rechtsordnung

1) Schönke, Das Rechtsschutzbedürfnis, S. 13; Pohle, a. a. O. S. 197.

2) Pohle a. a. O. S. 203 mit Nachweisen in N. 34 und 35; vgl. auch Schönke a. a. O. Gegen die Rechtsvergewisserung als staatlichen Prozeßzweck Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts, S. 17.

3) Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 263 f.

4) Die Lehre Bülow's, Gesetz und Richteramt, S. 3, 45, wonach die Normen des materiellen Rechts nur Plan, Entwurf einer "zukünftigen, erwünschten Rechtsordnung" sind, die erst durch das Urteil aktualisiert wird, hat sich nicht durchgesetzt. Vgl. hierzu Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 31 f.

differenziert werden. Materielle Rechte können dem einzelnen nur in seinem Interesse oder auch im Interesse der Rechtsgemeinschaft verliehen sein. Im letzten Fall liegt auch die Durchsetzung des Rechts im Interesse der Rechtsgemeinschaft. Hier muß das Parteiinteresse an der Wirksamkeit des Ausschlusses des staatlichen Gerichtsschutzes zurücktreten. Besteht das materielle Recht dagegen nur im Individualinteresse - und nur hier gelten Verhandlungs- und Dispositionsgrundsatz -, fehlt das Postulat absoluter Gerechtigkeit. Ein Allgemeininteresse an der Rechtsverwirklichung ist nicht vorhanden. Und es fehlt auch ein Interesse der Rechtsgemeinschaft an der Rechtsvergewisserung zwischen den Parteien. Das Prinzip der Rechtssicherheit ist nicht höherwertig als das der Gerechtigkeit. Nimmt die Rechtsgemeinschaft in Kauf, daß über das subjektive Recht ein unrichtiges Urteil ergeht, so muß sie auch billigen, daß ein Urteil überhaupt unterbleibt. Das Fehlen eines autoritativen Ausspruchs über das Recht stellt auch psychologisch keine Verleitung zur Selbsthilfe dar. Mit Verständnis für das Verbot der Selbsthilfe kann jedenfalls dann gerechnet werden, wenn sich die Parteien der Möglichkeit des Gerichtswegs selbst beraubt haben.

Als erster Grundsatz für den Umfang der Abdingbarkeit der Klagbarkeitsnorm kann somit herausgestellt werden: die Klagbarkeitsnorm ist insoweit abdingbar, als die Verwirklichung des materiellen Rechts nicht im Interesse der Rechtsgemeinschaft liegt, weil das Recht nicht auch in ihrem Interesse verliehen ist. Aus der Zweckbetrachtung des Zivilprozesses ergibt sich aber noch ein weiterer Grundsatz: die Parteien müssen sich der Tragweite ihrer Verfügung über die Klagbarkeit bewußt sein.¹⁾ Die Versagung des gerichtlichen Rechtsschutzes bei voreiligem Handeln der Parteien läuft sowohl dem Parteiinteresse als auch dem Interesse der Rechtsgemeinschaft zuwider.²⁾ Letzteres deshalb, weil die staatliche Sanktion dieses Handelns für die Rechtsunterworfenen nicht verständlich wäre und eine ernsthafte Gefährdung des Rechtsfriedens bedeuten würde. Die Interessen aller Beteiligten stehen insoweit übereinstimmend der Disponibilität der Klagbarkeitsnorm entgegen.

Der vertragliche Ausschluß der Klagbarkeit ist somit, von einer sogleich zu besprechenden Einschränkung abgesehen, zulässig, soweit die Verwirklichung des materiellen Rechts das Interesse der Rechtsgemeinschaft nicht berührt und die Parteien die Tragweite ihrer Verfügung erlassen können. Er stellt dann keine - unzulässige - Änderung öffentlichrechtlicher

1) Vgl. hierüber als allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzung für Prozeßverträge Schiedermair a. a. O. S. 73 f.

2) So auch Baumgärtel a. a. O. S. 190 f.

Vorschriften dar, namentlich nicht einer umfassenden Rechtsschutzgarantie kraft Verfassungsrechts, die nicht existiert.¹⁾ Vielmehr bedeutet der vertragliche Klagbarkeitsausschluß die Realisierung der Beschränkungsfähigkeit des Tatbestandes der Klagbarkeitsnorm.

b) Folgerungen aus der Regelung des Schiedsvertrags

Die vorstehenden Überlegungen zum Zweck des staatlichen Rechtsschutzes entheben nicht der Prüfung, ob das positive Recht zur Frage der Zulässigkeit des vertraglichen Ausschlusses der Klagbarkeit nicht abweichend von der hier vertretenen Auffassung entscheidet. Zu untersuchen sind die Vorschriften über den Schiedsvertrag. Sollten diese Vorschriften sich als (konkludentes) Verbot des ersatzlosen Ausschlusses des Gerichtswegs auslegen lassen, so müßte der Frage nachgegangen werden, ob sich aus der Funktion staatlicher Einrichtungen nicht eine bindende Schranke für den Gesetzgeber und damit für die mögliche Interpretation des Gesetzes ergibt. A priori läßt sich eine solche Beschränkung nicht bejahen.

Die Tatsache, daß das Schiedsverfahren überhaupt gesetzlich geregelt ist, läßt sich für sich allein weder für noch gegen die Zulässigkeit des ersatzlosen Ausschlusses der Klagbarkeit verwenden. Der von den Gegnern der Zulässigkeit gezogene Umkehrschluß ist vielmehr nur berechtigt, wenn sich nachweisen läßt, daß die §§ 1025 ff. ZPO hinsichtlich der Abdingbarkeit der staatlichen Gerichtsbarkeit Ausschließlichkeitscharakter haben.²⁾ Dieser Nachweis setzt voraus, daß die namentlich von Lent apostrophierten "Kautelen für den Rechtsschutz"³⁾ zu dem Wesen des Schiedsverfahrens und der Wirkung des Schiedsspruchs in Beziehung gesetzt werden. Erklären sich die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen, von denen das Gesetz die Wirksamkeit von Schiedsabrede und Schiedsverfahren abhängig macht, mit der besonderen Bedeutung des Schiedsvertrages, die dem reinen Klagbarkeitsausschluß nicht zukommt, so ist der Schluß von der Zulässigkeit des ersteren auf die Unzulässigkeit des letzteren ungerechtfertigt.

Die Bedeutung des Schiedsvertrags ergibt sich daraus, daß der Rechtsstreit von Personen entschieden wird, an deren Qualifikation zur Entscheidung von Gesetzes wegen geringere Anforderungen als an den Richter gestellt werden, deren Spruch aber gleichwohl einem rechtskräftigen Urteil

1) S. oben S. 10 f.

2) Vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 295.

3) S. oben S. 25 und dort Note 1.

gleichsteht (§ 1040 ZPO) und für vollstreckbar erklärt werden kann (§§ 1042 ff. ZPO). Damit ist der wesentliche Unterschied zur Unklagbarkeit bereits bezeichnet; dort fehlt es an einer Möglichkeit, einen autoritativen Ausspruch unmittelbar über das materielle Recht herbeizuführen, überhaupt. Dieser Umstand vermindert aber gleichzeitig die Gefahr einer Verletzung des objektiven Rechts. Der Gläubiger eines unklagbaren Anspruchs mag diesen im Augenblick nicht befriedigen können. Er besitzt den Anspruch aber und damit die Möglichkeit, ihn bei gegebener Sachlage mit Hilfe eines außergerichtlichen Zwangsmittels durchzusetzen. Tut er das, so kann er mit der Anerkennung der durch die außergerichtliche Zwangsbefriedigung geschaffenen Rechtslage auch in einem Prozeß rechnen.¹⁾ Insbesondere wird er mit der Einrede der Aufrechnung gehört. Anders im Fall des Schiedsvertrags. In der Schiedsabrede sieht die Rechtsprechung das vertragliche Verbot, den mit der Schiedsklausel versehenen Anspruch im Prozeß zur Aufrechnung zu stellen.²⁾ Der Ausschluß der staatlichen Gerichtsbarkeit durch Vereinbarung eines Schiedsgerichts geht damit, so überraschend die Feststellung klingt, weiter als bei ersatzlosem Ausschluß. Der Anspruchsinhaber wäre ohne die Bestimmung des § 1041 ZPO durch den Schiedsvertrag jeglicher gerichtlicher Kontrolle beraubt. Unter diesem Gesichtspunkt müssen die §§ 1025 ff. ZPO gewürdigt werden.

In der Tat erklären sich die meisten gesetzlichen Zulässigkeitsbedingungen dieser Vorschriften aus der besonderen Einschränkung der staatsgerichtlichen Entscheidungskompetenz. Dies gilt außer für die bereits genannte Bestimmung des § 1041 ZPO für die Bestimmungen der §§ 1027 ZPO (Form des Schiedsvertrags), 1028 - 1032 ZPO (Gewährleistung der Unparteilichkeit der Schiedsrichter), 1034 ZPO (Gewährleistung des rechtlichen Gehörs) und 1035 - 1039 ZPO (Vorschriften für den Verfahrensgang). § 1033 ZPO behandelt einen Sonderfall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage des Schiedsvertrags und ist ausdrücklich dispositiv. Für den ersatzlosen Ausschluß der Klagbarkeit können sämtliche Bestimmungen nicht herangezogen werden.

Einer besonderen Betrachtung bedürfen die §§ 1025 und 1026 ZPO. § 1025 I ZPO schreibt vor, daß ein Schiedsvertrag nur insoweit zulässig ist, als die Parteien über den Gegenstand des Streits einen Vergleich schließen

1) Vgl. oben S. 18 ff.

2) BGHZ 38, 254, 257/8; RGZ 123, 348; RG, HRR 36, Nr. 1419; OLG Hamburg, HRR 41, Nr. 561; ebenso Baumbach-Lauterbach, Anm. 3 C zu § 1025 ZPO. Anders Rosenberg, Lehrbuch, § 104 II 2; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Anm. V 1 zu § 1025 ZPO; BGHZ 23, 17, 22 ff. - Für die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts muß Gleiches gelten.

können. Oben¹⁾ war der Grundsatz aufgestellt worden, daß die Klagbarkeit eines Anspruchs dann nicht ausgeschlossen werden kann, wenn das materielle Recht auch im Interesse der Rechtsgemeinschaft besteht. Merkmal hierfür ist, daß dem einzelnen Rechtsträger kraft Gesetzes die Verfügungsmacht über das Recht entzogen ist. Dies kann darauf beruhen, daß das Recht als solches nicht verfügbar ist, was etwa für zahlreiche Familienrechte zutrifft; dem Rechtsträger kann im Interesse der Rechtsgemeinschaft aber auch die persönliche Dispositionsbefugnis genommen sein, z. B. dem Gemeinschaftschuldner auf Grund der Verfügungsbeschränkung des § 7 KO.²⁾ Eben dies ist es, was durch das Erfordernis des § 1025 I ZPO zum Ausdruck kommt.³⁾ Diese Bestimmung enthält damit einen allgemeinen Rechtsgedanken für den Ausschluß der staatlichen Gerichtsbarkeit, unabhängig davon, ob an ihrer Stelle eine andere Instanz zur Entscheidung berufen wird oder nicht. Das Gleiche gilt für die Bestimmung des § 1026 ZPO. Schiedsabreden über künftige Rechtsstreitigkeiten müssen sich auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis und die aus ihm entspringenden Streitigkeiten beziehen. Hierin konkretisiert sich die ebenfalls bereits aufgestellte⁴⁾ Forderung des Schutzes der Parteien vor übereilem Handeln (sie müssen sich der Tragweite des Klagbarkeitsausschlusses bewußt sein). Und schließlich drückt sich in § 1025 II ZPO - Schutz des wirtschaftlich oder sozial Unterlegenen - ein Gedanke aus, der, indem er Anlaß zu Unzufriedenheit zu vermeiden sucht, dem Rechtsfrieden dient und damit gleichfalls für den Umfang der staatlichen Rechtsschutzgarantie bestimmend ist.⁵⁾

Lassen sich die in den §§ 1025 und 1026 ZPO enthaltenen Regeln für den Ausschluß der staatlichen Gerichtsbarkeit allgemein nutzbar machen, so sind auch sie für einen Umkehrschluß im Sinne Lents ungeeignet. Sie ermöglichen im Gegenteil eine genauere Festlegung der Grenzen, innerhalb deren der vertragliche Ausschluß der Klagbarkeit zulässig ist: die Parteien können die Klagbarkeit eines Anspruchs ausschließen, soweit dieser Anspruch der alleinigen Dispositionsbefugnis des Berechtigten unterliegt, soweit es sich um ein bestimmtes Rechtsverhältnis und die hieraus entspringenden Streitigkeiten handelt und soweit der Ausschluß nicht auf mißbräuchlicher Ausnützung wirtschaftlicher oder sozialer Überlegenheit beruht.

1) S. 30

2) Ein Interesse der Rechtsgemeinschaft besteht aus volkswirtschaftlichen Gründen hier auch dann, wenn § 7 KO nur relative Unwirksamkeit bestimmen sollte.

3) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Anm. III 1 zu § 1025 ZPO.

4) Oben S. 30 f.

5) § 138 BGB würde nicht immer helfen. Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Anm. II 4 zu § 1025 ZPO.

c) Folgerungen aus der Zulässigkeit anderer Prozeßverträge und materiell-rechtlicher Verfügungsgeschäfte über den Anspruch

Die Ausführungen über den Schiedsvertrag haben ergeben, daß die Schiedsabrede eine über den reinen Klagbarkeitsausschluß hinausgehende prozessuale Wirkung hat, daß aber gerade aus diesem Grund - ebenfalls abweichend von der Situation beim ersatzlosen Ausschluß der Klagbarkeit - eine direkte Einschaltung der staatlichen Gerichte gemäß § 1041 ZPO möglich ist. Scheiden die §§ 1025 ff. ZPO damit als Ansatzpunkt für einen Umkehrschluß auf die Unzulässigkeit des ersatzlosen Klagbarkeitsausschlusses aus, so kann andererseits der Versuch Reichels¹⁾ keinen Erfolg haben, die Zulässigkeit im Wege der Analogie zum Schiedsvertrag herzuleiten. Auch das verbietet die Verschiedenartigkeit der beiden Tatbestände.²⁾ Einen "ähnlichen" Tatbestand, also einen Vertrag mit vergleichbaren prozessualen Wirkungen, finden wir im Bereich des Zivilprozesses überhaupt nicht. Damit ist jeder Analogie der Boden entzogen. Das gilt in gleichem Maße für den weiteren Analogieversuch Reichels zu § 794 I Nr. 5 ZPO,³⁾ wo es sich weder um einen Vertrag noch um eine Einwirkung auf die Klagbarkeit des Anspruchs handelt, sowie für die Erörterungen von Stech⁴⁾ und Neukirchner⁵⁾. Weder die von Neukirchner apostrophierte Zulässigkeit des Klagerücknahmevertrags und des Vertrags, durch den sich eine Partei verpflichtet, in den Grenzen der §§ 74 III, 68 ZPO das Ergebnis eines Vorprozesses ohne Streitverkündung gegen sich gelten zu lassen, noch der von Stech in Anspruch genommene außergerichtliche Vergleich, Prorogationsvertrag und vertragliche Rechtsmittelverzicht sind beweiskräftig.⁶⁾ Der Klagerücknahmevertrag schließt für sich allein, wie die Klagerücknahme selbst (§ 271 IV ZPO), eine neue Klage niemals aus, ist also für die staatliche Rechtsprechungskompetenz als solche ohne Wirkung. Der Vertrag über die Bindung an einen Vorprozeß soll lediglich die wiederholte Entscheidung desselben Streitfalls durch den Richter verhindern. Der außergerichtliche Vergleich läßt sich nach seinem gewollten Ergebnis überhaupt nicht typisieren; soweit durch ihn die Unklagbarkeit des Anspruchs vereinbart wird, liegt ein Klagbarkeitsausschluß vor, dessen Zulässigkeit gerade bewiesen werden soll. Der Prorogationsvertrag betrifft die Zuständigkeit eines bestimmten

1) Jherings Jahrbuch 59, 451.

2) Vgl. Larenz a. a. O. S. 287.

3) A. a. O. S. 451 f.

4) Dissertation S. 181.

5) A. a. O. S. 32 ff.

6) Abgesehen von der Frage, inwieweit diese Verträge Prozeßverträge sind. Vgl. hierzu Schiedermair a. a. O. S. 95 ff.; Baumgärtel a. a. O. S. 192 ff.

Gerichts.¹⁾ Schließlich wird durch den vertraglichen Rechtsmittelverzicht die staatliche Jurisdiktion nur beschränkt, nicht aber völlig ausgeschlossen.

Die Zulässigkeit des vertraglichen Ausschlusses der Klagbarkeit wird von einigen Schriftstellern mit dem Satz untermauert, das materielle Recht gewähre die Möglichkeit, einen Anspruch als natürliche Verbindlichkeit zu begründen oder in eine solche umzuwandeln und auf den Anspruch überhaupt zu verzichten (§ 397 BGB). Hieraus wird per argumentum a maiore ad minus die Zulässigkeit des Klagbarkeitsausschlusses hergeleitet. Dieser Gedanke findet sich bei Reichel,²⁾ Pohle³⁾ und andeutungsweise bei Hoeniger.⁴⁾ Auch die Rechtsprechung⁵⁾ hat verschiedentlich auf das Argument der Zulässigkeit der vertraglichen Begründung von Naturalobligationen zurückgegriffen.⁶⁾ Es liegt auf der Hand, und auch die genannten Autoren behaupten nichts anderes, daß es sich hierbei nicht um einen zwingenden Schluß handelt. Anspruchsverzicht und Begründung eines Rechts als Naturalobligation bzw. Umwandlung in eine solche sind materiellrechtliche Rechtsgeschäfte, der Ausschluß der Klagbarkeit ist ein Prozeßvertrag; die Möglichkeit der materiellrechtlichen Einwirkung auf den Anspruch beinhaltet die Zulässigkeit des Prozeßrechtsgeschäfts nicht. Vergegenwärtigt man sich aber die begrenzte Abdingbarkeit der Klagbarkeitsnorm, so wird der Wert des Hinweises auf die materiellrechtliche Verfügungsmöglichkeit deutlich. In den Grenzen der Verfügbarkeit des Rechts tritt das staatliche Interesse an der Rechtsschutzgewährung hinter einer abweichenden Parteigestaltung zurück. Damit stellt das Verichtsargument eine Bestätigung der hier vertretenen Auffassung dar.

d) Beurteilung der Zulässigkeit an Hand der §§ 134, 138 und 242 BGB

Es ist behauptet worden,⁷⁾ der vertragliche Ausschluß der Klagbarkeit verstoße gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, er sei sittenwidrig

1) Der Ausschluß aller möglichen Gerichtsstände wäre wieder als Ausschluß der Klagbarkeit zu behandeln.

2) A. a. O. S. 446 f.

3) A. a. O. S. 214 f.

4) Urteilsanmerkung JW 1933, 67.

5) RGZ 67, 390; RG JW 1930, 1062; OLG Hamburg, ZZP 50, 312; Königsberg, LZ 1931, Sp. 1009; Dresden, Seuff. Arch. 64, 418.

6) Die genannten Entscheidungen sind im vorliegenden Zusammenhang allerdings nur mit Vorbehalten verwertbar, da sie nicht deutlich zwischen dem Ausschluß der Klagbarkeit und der Begründung einer Naturalobligation trennen.

7) Vgl. oben S. 25 f.

und schließlich gemäß § 134 BGB nichtig. Die letztere Behauptung wird durch die Erkenntnis widerlegt, daß der Ausschluß der Klagbarkeit innerhalb der Grenzen seiner Zulässigkeit die Realisierung der Abdingbarkeit der Klagbarkeitsnorm darstellt; insoweit wird der Ausschluß vom Gesetzgeber gebilligt. Nicht beantwortet ist damit die Frage der Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der §§ 242 und 138 BGB.

Daß der Grundsatz von Treu und Glauben auch im Verfahrensrecht gilt, ist überwiegend anerkannt.¹⁾ Er kann sich dabei, entsprechend der Dreiseitigkeit des Prozeßrechtsverhältnisses,²⁾ im Verhältnis zwischen Parteien und Gericht oder zwischen den Parteien untereinander auswirken. Treuwidrigkeit gegenüber dem Gericht ist anzunehmen, wenn das Gericht an der Erfüllung seiner Rechtsschutzaufgabe von den Parteien durch Ausnützung formal gegebener prozessualer Möglichkeiten gehindert wird.³⁾ Ist der Ausschluß der Klagbarkeit nur insoweit zulässig, als der Staat die Rechtsschutztätigkeit nicht im eigenen Interesse ausübt, so kann der Klagbarkeitsausschluß im Verhältnis zum Gericht niemals treuwidrig sein. Dagegen ist eine Verletzung von Treu und Glauben im Verhältnis der einen Partei zur anderen denkbar in der Form der unredlichen Schaffung der Voraussetzungen für prozessuale Befugnisse.⁴⁾ Alle in Betracht kommenden Unredlichkeiten möglichst vollständig aufzuzählen, kann nicht die Aufgabe dieser Untersuchung sein. Die Prüfung kann sich sinnvollerweise nur darauf erstrecken, ob der Ausschluß der Klagbarkeit, wenn schon nicht an sich, so doch in einer Reihe typischer Einzelfälle das Merkmal des Unredlichen in sich birgt. Ein Anhaltspunkt hierfür besteht nicht. Das in der Literatur erhobene Bedenken des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht ist bei Heranziehung des in § 1025 I ZPO enthaltenen Gedankens für die Wirksamkeit des Klagbarkeitsausschlusses gegenstandslos. Denn das negative Erfordernis der Ausnützung einer tatsächlichen Machtposition ist bereits eine Beschränkung des Geltungsbereichs des Klagbarkeitsausschlusses.

Prozeßhandlungen unterliegen nach herrschender Meinung nicht den Regeln des bürgerlichen Rechts über die Nichtigkeit wegen Sittenverstoßes.⁵⁾ Für den Bereich der Prozeßverträge muß nach dem Grundsatz, daß die Wahrung der guten Sitten die Schranke aller Privatautonomie darstellt, Ab-

1) Vgl. Baumgärtel, Treu und Glauben im Erkenntnisverfahren, ZZP 69, 89, 90, mit Nachweisen in Noten 13 und 14.

2) Rosenberg, Lehrbuch, § 2 II 1.

3) Baumgärtel a. a. O. S. 106 f.

4) Vgl. Baumgärtel a. a. O. S. 108

5) OGHZ 4, 273, 279, mit umfassenden Nachweisen.

weichendes gelten; § 138 BGB ist hier anzuwenden.¹⁾ Ist bei Mißbrauch wirtschaftlicher oder sozialer Überlegenheit der Klagbarkeitsausschluß aber bereits gegenständlich unwirksam, so wird sich eine bestimmte Fallgruppe, die § 138 BGB zu subsumieren ist, kaum bilden lassen. Keine generelle Sittenwidrigkeit liegt vor in dem von Neukirchner²⁾ behandelten Fall, daß der unklagbare Anspruch Teil eines gegenseitigen Vertrags ist. Der gegenteiligen Ansicht liegt der problematische Gedanke zugrunde, daß der unklagbare Anspruch "weniger wert ist" als der klagbare. Inwieweit die Art der Durchsetzbarkeit den Wert eines Rechts in allgemein wirtschaftlicher Betrachtung beeinflußt, mag dahinstehen. Im Bereich des § 138 II BGB kommt es ausschließlich auf den objektiven Wert der gegenseitig versprochenen Leistungen an, nicht auf die persönliche Leistungsfähigkeit des Schuldners.³⁾ Damit kann auch nicht ausschlaggebend sein, in welcher Weise der eine Anspruch dem Gegner gegenüber durchgesetzt werden kann. Hinzukommt, daß § 138 II BGB das subjektive Moment der Ausbeutung enthält, über dessen Vorliegen sich generelle Feststellungen nicht treffen lassen.

e) Zusammenfassung

Der vertragliche Ausschluß der Klagbarkeit eines privatrechtlichen Anspruchs ist zulässig als Beschränkung des Tatbestandes der Klagbarkeitsnorm, die dem Charakter der Norm als disponibelem Prozeßrecht entspricht. Der Ausschluß verstößt damit nicht gegen zwingende öffentlichrechtliche Vorschriften. Seine Unzulässigkeit ergibt sich auch nicht aus der gesetzlichen Zulassung des Schiedsvertrags. Schließlich stellt der Ausschlußvertrag als solcher weder einen Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben noch einen Sittenverstoß dar.

Aus dem Umfang der Abdingbarkeit der Klagbarkeitsnorm ergeben sich Wirksamkeitsschranken für den vertraglichen Ausschluß der Klagbarkeit:

- aa) der materielle Anspruch, auf den sich der Klagbarkeitsausschluß bezieht, darf nicht kraft Gesetzes der Verfügung der Berechtigten entzogen sein. Das Recht muß vielmehr objektiv verfügbar sein und subjektiv dem Berechtigten zur Disposition stehen;

- 1) Schiedermaier a. a. O. S. 145; ebenso Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, S. 215 für den Rechtsmittelverzichtsvertrag.
- 2) S. S. 25 zu Note 9.
- 3) Krüger-Nieland in BGB-RGRK, Anm. 26, Hefermehl bei Sorgel-Siebert, Anm. 39, je zu § 138 BGB; RG, JW 1930, 3054.

- bb) der Klagbarkeitsausschluß muß sich auf Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis beziehen. Der unklagbare Anspruch muß also, wenn nicht bestimmt, so doch bestimmbar sein;
- cc) der Klagbarkeitsausschluß darf nicht dadurch zustandegekommen sein, daß eine Partei ihre wirtschaftliche oder soziale Überlegenheit dazu ausgenützt hat, die andere Partei zum Ausschluß zu nötigen.¹⁾

III. Geltungsgrundlagen des Klagbarkeitsausschlusses und seine Wirkung im Prozeß

1. Geltungsgrundlagen des Klagbarkeitsausschlusses

In seiner Untersuchung über Vereinbarungen im Zivilprozeß geht Schiedermair²⁾ von dem Grundsatz aus, daß die Rechtsnatur eines Vertrages bestimmt, welche Normen seine Geltungsgrundlagen, die Ausgestaltung des Vertragstatbestandes, regeln. Für einen Prozeßvertrag sind dies danach die Vorschriften des Prozeßrechts. Allerdings schränkt Schiedermair diesen Grundsatz sofort dahin ein, daß die hierdurch erzielten Einzelergebnisse

- 1) Im Ergebnis haben sich für die Zulässigkeit des vertraglichen Ausschlusses der Klagbarkeit ausgesprochen:

Reichel, Jherings Jahrbuch 59, 445 ff.; Urteilsanmerkungen JW 1930, 2212 und ZZP 50, 312;

Pohle a. a. O. S. 214 f.; Neukirchner a. a. O. S. 22 ff.; Stech, Diss. S. 181 f.; Baumgärtel, Zur Unverwirksamkeit der Klagebefugnis, ZZP 75, 394; Lüke, a. a. O.; Kohler, Über Prozeßverträge und Kreationen, Gruchots Beiträge 31, 292; Schweitzer a. a. O.; Hoeniger, Urteilsanmerkung JW 33, 67; Rothe, Einwirkungen des außergerichtlichen Vergleichs auf den schwebenden Rechtsstreit, JW 34, 657; Schoch a. a. O. S. 63 ff.; Rosenberg, Lehrbuch, § 85 II 2a; Schönke-Schröder-Niese, Zivilprozeßrecht, § 43 III 2; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, II 6b vor § 253; Seuffert-Walsmann, 1 zu § 253; Förster-Kann, 4a dd zu § 253; Baumbach-Lauterbach, Gr. 4 vor § 253; RGZ 67, 390; RG, JW 30, 1062; OLG Dresden, Seufferts Archiv 64, 418; OLG Hamburg, ZZP 50, 312; OLG Königsberg, LZ 31, Sp. 1009; OLG Düsseldorf, JW 33, 67.

- 2) A. a. O. S. 136 ff.

"zweckmäßig und sinnvoll" sein müssen.¹⁾ Die Zweckmäßigkeit kann also in einzelnen Richtungen die Anwendung materiellrechtlicher Vorschriften erforderlich machen. Damit besteht im Ergebnis Übereinstimmung mit der Auffassung Baumgärtels, der für jeden Prozeßvertrag gesondert prüfen will, inwieweit die privatrechtlichen oder prozeßrechtlichen Grundsätze "seiner Aufgabe am besten gerecht werden".²⁾ Dies ist in der Tat der entscheidende Aspekt. Voraussetzungen und Wirkung brauchen nicht notwendigerweise demselben Rechtsgebiet zuzugehören.³⁾

Die einzelnen Geltungsgrundlagen hat Schiedermair nahezu erschöpfend behandelt.⁴⁾ Er kommt zu folgendem Ergebnis: Prozeßverträge kommen wie alle Verträge durch Willensübereinstimmung beider Parteien zustande; Dissens verhindert das Zustandekommen. Eine bestimmte Form ist nicht einzuhalten,⁵⁾ es gilt aber § 127 BGB. Als persönliche Gültigkeitsvoraussetzung ist Prozeßfähigkeit beider Parteien erforderlich. Der Abschluß durch Bevollmächtigten setzt Prozeßvollmacht voraus. Besondere persönliche und sachliche Gültigkeitsvoraussetzungen enthält das Gesetz in § 1025 I ZPO (Zulässigkeit eines Vergleichsabschlusses über den Streitgegenstand als Voraussetzung für die Wirksamkeit des Schiedsvertrags) und in §§ 40 I und 1026 ZPO (Bestimmtheit des streitigen Rechtsverhältnisses als Wirksamkeitsvoraussetzung für Prorogations- und Schiedsvertrag bezüglich künftiger Streitigkeiten). Für die Auslegung von Prozeßverträgen gilt der prozessuale Grundsatz der erhöhten Bedeutung der Erklärung gegenüber dem Willen. Die Nichtigkeit von Prozeßverträgen untersteht den Bestimmungen der §§ 116 - 118, 134 und 138 BGB. Eine Anfechtung wegen Willensmängel gemäß §§ 119 ff. BGB ist möglich, soweit die Prozeßlage eine rückwirkende Beseitigung des Vertrags zuläßt. Ein einseitiger Widerruf ist ausgeschlossen, vielmehr kann die Beendigung des Vertrags nur durch einverständliche Aufhebung durch die Parteien erfolgen, die aber ebenfalls eine inzwischen eingetretene Wirkung in einem Prozeß unberührt läßt. Bedingungen und Zeitbestimmungen, insbesondere ein Widerrufsvorbehalt, sind zulässig, in ihrer Wirkung aber wie die Anfechtung oder die Vertragsaufhebung begrenzt.

Die sorgfältig begründeten Ergebnisse Schiedermairs können an dieser Stelle weitgehend übernommen werden. Die folgenden Untersuchungen

1) A. a. O. S. 137.

2) Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, S. 185.

3) Vgl. oben S. 15 zu Note 5.

4) A. a. O. S. 136 ff.

5) Ausnahmen §§ 1027 I 1 und 794 Nr. 5 ZPO.

beschränken sich daher auf die Voraussetzungen für das Zustandekommen des Klagbarkeitsausschlusses (Art und Weise, Form, persönliche und sachliche Gültigkeitsvoraussetzungen), für die Vertragsbeendigung sowie auf die Möglichkeit der Anfechtung des Vertrags wegen Willensmängel.

a) Zustandekommen

Daß der Klagbarkeitsausschluß kraft Parteiwillkür durch einen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner zustandekommt, wurde bereits ausgeführt.¹⁾ Erforderlich sind demnach zwei sich entsprechende, auf den einheitlichen Erfolg der Unklagbarkeit gerichtete Willenserklärungen. Für die Form des Vertrags gelten keine besonderen Regeln. Die Vorschrift des § 1027 I 1 ZPO kann nicht entsprechend angewendet werden; das Erfordernis der Schriftform des Schiedsvertrages erklärt sich aus den besonderen nur diesem Vertrag zukommenden Wirkungen. Der Ausschlußvertrag kann daher sowohl mündlich als auch durch konkludentes Verhalten geschlossen werden. Das gilt auch, wenn der Anspruch selbst nur mittels formgebundenes Rechtsgeschäft begründet oder nur formgebunden über ihn verfügt werden kann.²⁾ Denn der Ausschluß der Klagbarkeit stellt kein materialrechtliches Verfügungsgeschäft dar.

Ob als persönliche Zulässigkeitsvoraussetzung für den Vertragsschluß Geschäftsfähigkeit nach bürgerlichem Recht oder Prozeßfähigkeit (§ 52 ZPO) erforderlich ist, ist für die Anwendbarkeit des § 107 BGB von Bedeutung. Überwiegend wird angenommen, daß die Prozeßfähigkeit von der Fähigkeit, sich selbständig durch Verträge zu verpflichten, abhängt und nicht davon, ob ein einzelnes materielles Rechtsgeschäft gemäß § 107 BGB wirksam ist.³⁾ Gegen die Anwendung des § 107 BGB werden die Notwendigkeit des Schutzes des Minderjährigen und Gründe der Sicherheit und Schnelligkeit des Prozesses geltend gemacht. Diese Argumente mögen berechtigt sein, soweit Prozeßhandlungen des Minderjährigen in Rede stehen.⁴⁾ Für den Klagbarkeitsausschluß als einen Prozeßvertrag ist dagegen nicht einzusehen, warum der Ausschluß, soweit er dem Minderjährigen, weil er der Anspruchsverpflichtete ist, lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, nicht gültig sein soll. Der Schutzgedanke trifft hier nicht; aber auch die Durchführung des Verfahrens wird durch die Anerkennung des Vertrages nicht belastet, da sich ohne jede Schwierigkeit feststellen läßt, ob der Abschluß ausschließlich

1) Oben S. 20

2) Z. B. gemäß § 313 BGB.

3) Vgl. statt vieler Rosenberg, Lehrbuch, § 43 II 1.

4) Vgl. hierzu Baumgärtel a. a. O. S. 103 ff.

vorteilhaft war. Ebenso sprechen Schutzgedanke und das Erfordernis der Klarheit und Schnelligkeit des Prozesses nicht dagegen, einen Ausschlußvertrag, den der Minderjährige zu seinen Lasten mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters geschlossen hat, als wirksam zu behandeln. Denn die Prozeßführung bleibt gemäß § 52 ZPO stets beim gesetzlichen Vertreter; der Minderjährige wird nicht in den Stand gesetzt, sich durch unrichtiges Prozessieren selbst zu gefährden oder zu schädigen, und der Richter kann die Tatsache der Einwilligung ohne Mühe durch Befragen des gesetzlichen Vertreters feststellen. Die persönlichen Abschlußvoraussetzungen bemessen sich also nach den Bestimmungen des BGB über die Geschäftsfähigkeit. Entsprechendes gilt für die Erteilung der Vollmacht zum Klagbarkeitsausschluß. Auch hierfür ist ausschließlich Geschäftsfähigkeit nach BGB erforderlich. Die Vollmacht braucht nicht zur Prozeßführung zu berechtigen.

Erfolgt die Vereinbarung des Klagbarkeitsausschlusses im Prozeß, so richten sich zwar die beiderseitigen Parteierklärungen an den Gegner. Sie erfolgen aber vor dem Richter, so daß der Ausschlußvertrag den Charakter eines Gesamtakts von Parteien und Gericht annimmt.¹⁾ Daher ist in diesem Fall für die wirksame Abgabe der Parteierklärungen Postulationsfähigkeit zu fordern.

Sachliche Abschlußvoraussetzungen sind Verfügbarkeit des materiellen Anspruchs und Verfügungsbefugnis des Berechtigten. Diese Erfordernisse stellt das Prozeßrecht auf, das die Grenzen der Abdingbarkeit der staatlichen Rechtsschutzgarantie festlegt. Unwirksam ist danach z. B. der Klagbarkeitsausschluß für Ansprüche gemäß §§ 12, 617, 618, 1614,²⁾ 1632 BGB. Diese Rechte sind objektiv nicht verfügbar. Die subjektive Verfügungsbefugnis fehlt etwa beim Unterhaltsanspruch des § 1714 BGB. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist hier auch für den Klagbarkeitsausschluß erforderlich.³⁾ Der Zustimmung des anderen Ehegatten bzw. des Verwalters bedarf der Ausschluß der Klagbarkeit in den Fällen der §§ 1365 ff., 1423 ff. BGB, 7 KO, 58 ff. VerglO. Soweit das Vertrauen auf das Bestehen der Verfügungsbefugnis geschützt wird, also grundsätzlich im Bereich des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (§ 891 f. BGB), genießt der Anspruchsgegner diesen Schutz auch hinsichtlich des Ausschlußvertrages.

1) Vgl. Stein-Jonas-Pohle (19. Aufl.), Einleitung F 3.

2) Beispiele von Reichel, Jherings Jahrbuch 59, 452.

3) § 1714 II BGB gilt nicht, da der Klagbarkeitsausschluß kein Verzicht auf den materiellen Anspruch selbst ist.

Ein weiteres prozessuales Abschlußerfordernis liegt in der Bestimmtheit des Rechtsverhältnisses, das dem künftigen unklagbaren Anspruch zugrundeliegt. Hierin konkretisiert sich die Bestimmung des Zivilprozesses als Instrument der Erhaltung des Rechtsfriedens. Unzulässig wäre etwa der Ausschluß der Klagbarkeit sämtlicher in Zukunft zwischen den Parteien entstehender Ansprüche. Das Rechtsverhältnis muß durch solche Unterscheidungsmerkmale bezeichnet sein, die es individuell bestimmen; ist dies der Fall, so ist nicht erforderlich, daß das Rechtsverhältnis bereits besteht, es kann auch ein künftiges sein.¹⁾ Wegen des Erfordernisses genügender Individualisierung kann auf die Rechtsprechung zu § 1026 ZPO zurückgegriffen werden. Zulässig ist z. B. der Ausschluß der Klagbarkeit für alle Streitigkeiten der Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvertrag, soweit sie Ansprüche zum Gegenstand haben, nicht dagegen für alle Ansprüche aus der Berufstätigkeit einer Partei.²⁾

b) Vertragsbeendigung, Anfechtung

Dem Wesen des Vertrages ist immanent, daß beide Teile für die Dauer seines Bestehens an ihn gebunden sind. Keiner Partei ist gestattet, sich einseitig vom Vertrag zu lösen. Der Anspruchsinhaber kann den Vertrag über den Ausschluß der Klagbarkeit daher, außer wenn er sich dieses Recht bei Vertragsschluß vorbehalten hat, nicht widerrufen. Einzige Beendigungsmöglichkeit ist die Vertragsaufhebung durch übereinstimmende Willenserklärungen beider Parteien.³⁾

Schiedermair⁴⁾ hat die Vertragsbindung als Argument für die Zulässigkeit der Anfechtung eines Prozeßvertrages wegen Irrtums, Täuschung oder Drohung gemäß §§ 119 ff. BGB verwendet. Daß die Parteien gegen schwerwiegende Willensmängel geschützt werden, ist sicher wünschenswert. Nun ist jedoch ein Widerruf von Prozeßhandlungen einer Partei, die unstreitig der Anfechtung nach §§ 119 ff. BGB nicht unterliegen,⁵⁾ keineswegs in den gleichen Grenzen zulässig wie die Anfechtung bürgerlichrechtlicher Willenserklärungen. Frei widerruflich sind lediglich diejenigen Prozeßhandlungen, die eine Bitte um günstige Entscheidung enthalten.⁶⁾ Grundsätzlich

1) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Anm. I zu § 1026 ZPO.

2) So RGZ 90, 308, einerseits, Celle, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte 33, 138, andererseits.

3) Es kann aber der Prozeßvertrag zulässigerweise mit einer Zeitbestimmung versehen werden.

4) A. a. O. S. 142.

5) Vgl. statt vieler Stein-Jonas-Schönke-Pohle V 6c vor § 128.

6) Und auch hier nur mit Einschränkungen, vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Anm. V 4a vor § 128 ZPO.

unwiderruflich sind dagegen Prozeßhandlungen, die der handelnden Partei ungünstig sind.¹⁾ Ein Widerruf ist hier lediglich in den Grenzen des § 580 ZPO zulässig, d. h. soweit die Partei gegen das Urteil mit der Restitutionsklage vorgehen könnte.²⁾ Die Voraussetzungen des § 580 ZPO entsprechen den Anfechtungsgründen des BGB nicht. Von der Versagung der Widerrufsmöglichkeit bei Prozeßverträgen kann daher nicht auf die Zulässigkeit der Anfechtung nach bürgerlichrechtlichen Grundsätzen geschlossen werden.

Das Verbot der Anfechtung von Prozeßhandlungen hat seinen Grund darin, daß die Prozeßhandlungen das Verfahren unmittelbar gestalten.³⁾ Die Zulassung der Anfechtung würde dazu führen, daß eine bereits eingetretene Prozeßrechtslage rückwirkend beseitigt würde. Die Sicherheit des Verfahrens wäre dadurch in unerträglicher Weise belastet.⁴⁾ Im Gegensatz zur Prozeßhandlung kann der Prozeßvertrag meist außerhalb eines Prozesses geschlossen werden. Daraus ergibt sich, daß sein Abschluß allein noch keine Prozeßsituation schafft, deren Erhaltung im Interesse der Prozeßsicherheit liegt.⁵⁾ Damit entfällt die Notwendigkeit, die Anfechtung gemäß §§ 119 ff. BGB jedenfalls für den Vertrag über den Ausschluß der Klagbarkeit zu versagen.

Der Eintritt einer "unverrückbaren prozessualen Situation"⁶⁾ bildet die Schranke für die Anfechtung von Prozeßverträgen. Hat eine Partei etwa auf Grund eines Rechtsmittelverzichtsvertrags das Urteil der Vorinstanz rechtskräftig werden lassen, so könnte auch die Beseitigung des Vertrages an der Rechtskraft nichts mehr ändern; die Anfechtung ist daher ausgeschlossen.⁷⁾ Die Unanfechtbarkeit der Klageabweisung wegen Unklagbarkeit bildet auch die Schranke für die Anfechtung des Ausschlußvertrags. Dieses klageabweisende Urteil ist der Rechtskraft insoweit fähig, als ausgesprochen ist, daß der eingeklagte Anspruch nicht dem Gerichtsschutz unterliegt. Diese Feststellung darf nicht mehr auf dem Weg über die Beseitigung des Ausschlußvertrags angegriffen werden. Dabei spielt keine Rolle, ob die Beseitigung Wirkung ex tunc oder ex nunc äußern würde. Infolgedessen ist mit der Rechtskraft des Urteils auch der Widerruf des Ausschlußvertrags nicht mehr zulässig.

1) Stein-Jonas-Schönke-Pohle a. a. O.

2) Stein-Jonas-Schönke-Pohle a. a. O. b.

3) Rosenberg, Lehrbuch, § 59, 1.

4) Baumgärtel a. a. O. S. 117 f.

5) Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle a. a. O. 6d.

6) Schiedermair a. a. O. S. 150

7) Beispiel von Schiedermair a. a. O., S. 151

2. Die Wirkung des Klagbarkeitsausschlusses im Prozeß

a) Prozessuale und verfahrensgestaltende Wirkung von Parteivereinbarungen allgemein

Die prozessuale Wirkung von Parteivereinbarungen kann verschiedenartig sein. Parteivereinbarungen können die Verpflichtung zum Inhalt haben, eine prozessual erhebliche Handlung zu unterlassen. Soweit die Verpflichtung wirksam eingegangen werden kann, ist der Verpflichtete gebunden mit der Folge, daß die Zuwiderhandlung eine positive Vertragsverletzung darstellt. Aus ihr erwächst dem Gegner die exceptio doli processualis, bei deren Geltendmachung das Gericht das vertragsverletzende Verhalten als unbeachtlich behandelt.¹⁾ Die Parteien können mit ihrer Vereinbarung aber auch - in den Grenzen prozessualer Dispositionsbefugnis - festlegen, daß ein bestimmtes Verhalten als solches unzulässig ist. Hierdurch gehen sie keine Verpflichtung ein, sondern verfügen unmittelbar über den Beurteilungsmaßstab, der an das betreffende Verhalten vom Richter im Prozeß anzulegen ist. Die Unzulässigkeit des unzulässigen Verhaltens für das Gericht ergibt sich nicht als Folge einer Vertragsverletzung, sondern beruht auf der "dinglichen" Gestaltungskraft der Vereinbarung.

Sowohl der verpflichtende als auch der verfügende Vertrag zielt auf die prozessuale Wirkung, daß das dem Vertrag zuwiderlaufende Verhalten unzulässig ist. Es mag daher zweifelhaft sein, ob mit Schiedermair²⁾ nur der verfügende Vertrag als Prozeßvertrag zu bezeichnen ist. Daß das Gericht die Unzulässigkeit nur auf Einrede des Gegners hin ausspricht, ist, wie gleich zu zeigen sein wird, keine Besonderheit des Verpflichtungsvertrages. Der Charakter der Einrede als materiellrechtlicher oder prozessualer dürfte angesichts ihrer einheitlich prozessualen Wirkung kein großes Gewicht besitzen. Der Unterscheidung kommt damit lediglich theoretische Bedeutung zu.³⁾ Praktisch weichtiger erscheint der von Baumgärtel⁴⁾ hervorgehobene Gesichtspunkt, ob einem Prozeßvertrag an sich verfahrensgestaltende Wirkung zukommt oder ob das Verfahren erst durch Einführung des Vertragstatbestandes

1) Vgl. RGZ 102, 220.

2) A. a. O. S. 95 f.

3) Auf den Fall des "verpflichtenden Vertrags über die Unklagbarkeit" ist unten S. 48 f. näher eingegangen.

4) A. a. O. S. 187. Auch der Systematik der Wirkungen von Prozeßverträgen bei Baumgärtel liegt aber die Einteilung in verfügende und verpflichtende Verträge zugrunde.

in den Prozeß durch besonderen Einführungsakt gestaltet wird. Hierbei handelt es sich um die Frage der Beachtlichkeit von Amts wegen oder nur auf Einrede des Prozeßgegners.

b) Die Wirkung des Klagbarkeitsausschlusses

Aus den bisherigen Ausführungen über Wesen der Klagbarkeit und Charakter des Vertrages über ihren Ausschluß ergibt sich, daß der Ausschlußvertrag die Begründung einer negativen Sachurteilsvoraussetzung zum Inhalt hat. Der Vertrag über den Ausschluß der Klagbarkeit ist somit ein prozessualer Verfügungsvertrag. Die Parteien gestalten den richterlichen Beurteilungsmaßstab in der Weise, daß sie die Klageerhebung für unzulässig erklären. Das Wesen des vertraglichen Klagbarkeitsausschlusses besteht also nicht in der Verpflichtung des Anspruchsinhabers, keine Klage zu erheben. Der Ausschlußvertrag muß und wird diese Verpflichtung nicht einmal mit enthalten.¹⁾ Die Klageabweisung erfolgt wegen Fehlens einer Prozeßvoraussetzung und nicht deshalb, weil der Kläger arglistig einer Vertragspflicht zuwiderhandelt. Es wäre verfehlt, das Urteil auf die *exceptio doli processualis* zu stützen.

Die Tatsache, daß der Ausschlußvertrag mit seinem Zustandekommen die negative Sachurteilsvoraussetzung der Unklagbarkeit begründet, besagt nichts darüber, unter welchen Voraussetzungen der Vertrag verfahrensgestaltend wirkt. Selbstverständlich ist hierfür Voraussetzung, daß das Gericht Kenntnis vom Vertragsschluß erlangt. Wie alle Prozeßverträge, die außerhalb eines Prozesses geschlossen werden können, bedarf der Vertrag über den Ausschluß der Klagbarkeit der Einführung in den Prozeß. Das Verfahrensrecht knüpft die Beachtlichkeit verschiedener prozessualer Mängel darüber hinaus jedoch an die Bedingung, daß der Mangel vom Gegner mittels Einrede geltend gemacht wird. Der Grund hierfür ist, wie oben²⁾ ausgeführt, daß die Berücksichtigung des Mangels ausschließlich im Interesse des Prozeßgegners liegt. Im Gegensatz zur Unklagbarkeit kraft Gesetzes erfolgt die Beachtung der gewillkürten Unklagbarkeit allein im Interesse des Anspruchsverpflichteten. Die vertragliche Unklagbarkeit führt zur Klageabweisung daher nur, wenn der Beklagte auf den Klagbarkeitsausschluß durch Einrede hinweist.³⁾ Das ist auch deshalb geboten, weil die Parteien den Ausschlußvertrag ein-

1) Das verkennt Neukirchner, demzufolge der Klagbarkeitsausschluß zwar ebenfalls eine negative Prozeßvoraussetzung begründet (a. a. O. S. 57 f.), der aber andererseits annimmt, der Vertrag bewirke eine Unterlassungspflicht (a. a. O. S. 59).

2) S. 17

3) Ebenso Pohle a. a. O. S. 215 und im Ergebnis Reichel, Jherings Jahrbuch 60, 78 f.

verständlich aufheben können.¹⁾ Das Gericht muß dem Beklagten die Freiheit lassen, in die Aufhebung des Vertrages, die ihm der Kläger mit der Klageerhebung konkludent angetragen hat, einzuwilligen.²⁾ Der Vertrag über den Ausschluß der Klagbarkeit begründet damit lediglich eine prozessuale Einrede; er wirkt nur mittelbar verfahrensgestaltend.

Im übrigen entsprechen die Wirkungen der vertraglichen Unklagbarkeit denen der gesetzlich normierten. Der Anspruchsinhaber kann also weder mit Erfolg auf Leistung noch auf Feststellung klagen. Dagegen ist ihm die gerichtliche Geltendmachung der durch ein außergerichtliches Zwangsmittel geschaffenen Befriedigungslage zum Zweck der Rechtsverteidigung gestattet. Insoweit sei auf die Ausführungen zur gesetzlichen Unklagbarkeit verwiesen.³⁾

IV. Die Abgrenzung des Klagbarkeitsausschlusses von ähnlichen Verträgen; Auslegungsgrundsätze

Der Begriff der Klagbarkeit im vorstehend dargestellten Sinn findet sich weder in der Gesetzgebung, noch ist er in der Wissenschaft oder Rechtsprechung Allgemeingut. Das macht es in besonderem Maße notwendig, den Vertrag über den Ausschluß der Klagbarkeit von anderen Verträgen abzugrenzen. Zugleich soll versucht werden, Auslegungsgrundsätze dafür zu finden, welchen Erfolg die Parteien mit ihrer Vereinbarung im Einzelfall haben herbeiführen wollen. Soweit feststeht, daß der Erfolg auf prozessuellem Gebiet liegt, hindert der Grundsatz der beschränkten Auslegungsfähigkeit von Prozeßverträgen⁴⁾ nicht, über den Wortlaut der Parteivereinbarung hinwegzugehen. Von einer "verkehrsüblichen Bedeutung" der Worte "Klagbarkeit", "Rechtsweg", "Geltendmachung des Rechts", die eine strikte Auslegungsschranke bilden würde,⁵⁾ kann keine Rede sein. Das zeigt der Wirrwarr der Begriffe in den wissenschaftlichen Erörterungen und in den höchstrichterlichen Entscheidungen.

1) S. oben S. 42 .

2) Vgl. Baumgärtel a. a. O. S. 208.

3) S. oben S. 18 ff.

4) S. oben S. 39

5) Vgl. Stein-Jonas -Schönke-Pohle, Anm. V 2 vor § 128 ZPO.

1. Die Abgrenzung von materiellrechtlichen Verträgen

a) Die Vereinbarung eines Nichtanspruchs

Die Vereinbarung der Unklagbarkeit eines Anspruchs ist von dem Fall zu trennen, daß die Parteien das erzwingbare Recht, ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, überhaupt haben ausschließen wollen. Hier besteht möglicherweise gar kein Rechtsverhältnis; denkbar ist auch, daß eine natürliche Verbindlichkeit begründet worden ist mit der Folge, daß das Geleistete nicht zurückgefordert werden kann.¹⁾ Die Vereinbarung eines Nichtanspruchs ist materiellrechtlicher Natur, die Unklagbarkeit nur die Folge des Mangels im materiellen Recht.

So einleuchtend der Unterschied zum vertraglichen Ausschluß der Klagbarkeit theoretisch ist, so schwierig ist die Abgrenzung im konkreten Einzelfall. Die Parteivereinbarung mag etwa lauten, es bestehe "kein klagbarer Anspruch". Daß überhaupt kein Anspruch begründet werden sollte, ist anzunehmen, wenn die Freiwilligkeit der Leistung betont und die Erfüllung nur in Aussicht gestellt wird. Dagegen wird ein gültiger Anspruch dann gewollt sein, wenn sich ergibt, daß die Parteien lediglich kein gerichtliches Verfahren wünschen, etwa wegen der besonderen persönlichen Beziehungen der Parteien zueinander, der Stellung einer Partei im öffentlichen Leben oder der Art der versprochenen Leistung, daß die Leistungspflicht als solche aber nicht in Frage gestellt ist. Hierbei müssen sämtliche Begleitumstände des Geschäfts berücksichtigt werden. Namentlich Verträge zwischen Verwandten oder Verträge, an denen ein Beamter beteiligt ist, werden in der Regel so auszulegen sein, daß die Begründung eines Anspruchs gewollt und nur die Klagbarkeit ausgeschlossen ist. Ein Fall der Begründung eines voll ausgebildeten Anspruchs bei gleichzeitigem Ausschluß der Klagbarkeit lag vor in dem vom Reichsgericht entschiedenen Fall, in dem ein Privatmann mit dem Finanzamt vereinbart hatte, Steuerdelikte Dritter gegen Belohnung anzuzeigen; daß der Anspruch auf die Belohnung nicht sollte eingeklagt werden können, muß mit dem zweifelhaften sittlichen Wert der Leistungen eines solchen "Angebervetrags" erklärt werden.²⁾ Dagegen wird, abweichend von der Auffassung Reichels,³⁾ in dem Fall, daß in Preisausschreiben "der Rechtsweg ausgeschlossen" wird, keine Vereinbarung der

1) Vgl. z. B. §§ 656 I 2, 762 I 2 BGB.

2) Vgl. JW 1930, 1062. Für Unklagbarkeit spricht sich auch das Reichsgericht aus, jedoch unter irriger Verwendung des Terminus "Ausschluß des Rechtswegs". Unverständlich ist allerdings, warum in der Entscheidung nicht geprüft ist, ob nicht das materielle Geschäft gegen § 138 BGB verstößt.

3) Urteilsanmerkung ZZP 50, 312.

Unklagbarkeit anzunehmen sein; hier dürfte bereits der materielle Anspruch auf Gewinn ausgeschlossen sein.¹⁾

b) Stundung, pactum de non petendo, Verpflichtung zur Unterlassung der Klage

Eine materiellrechtliche Einwirkung auf den Anspruch liegt vor im Fall der Stundung. Die Stundung bedeutet das Hinausschieben der Fälligkeit der Leistung.²⁾ Solange der Schuldner nicht zu leisten braucht, ist der Anspruch überhaupt unerzwingbar. Eine Nebenfolge hiervon ist, daß der Gläubiger nicht auf (sofortige) Leistung klagen kann. Abgrenzungsschwierigkeiten zum Ausschluß der Klagbarkeit werden sich in der Praxis kaum ergeben. Die Stundung ist im Rechtsleben häufig; der Verkehr wird mit ihr regelmäßig die Vorstellung vom Aufschub der Fälligkeit verbinden. Sofern die Parteien ausdrücklich "Stundung" der Forderung vereinbaren, besteht daher kein Anlaß zur Prüfung, ob nicht lediglich ein zeitlich begrenzter Ausschluß der Klagbarkeit gewollt war.

Der Gläubiger kann sich, ohne daß die Fälligkeit des Anspruchs davon berührt wird, verpflichten, den Anspruch dem Schuldner gegenüber nicht mit Zwangsmitteln durchzusetzen. Ein derartiges pactum de non petendo ist zulässig.³⁾ Die Unterlassungspflicht kann sich auf einzelne oder sämtliche Zwangsmittel erstrecken. Im letzteren Fall wird die Erzwingbarkeit des Anspruchs überhaupt ausgeschlossen, weshalb dann, wenn die Unterlassungspflicht zeitlich unbegrenzt ist, die Forderung erlassen ist.⁴⁾ Das pactum de non petendo

1) Im Fall der Entscheidung des OLG Dresden a. a. O. hatte der Dienstherr wegen der Dienstvergütung folgendes vereinbart: "Ich erkläre noch ausdrücklich, daß dieses Honorar ein von mir freiwillig gezahltes ist und daß zur Geltendmachung des Anspruchs des Herrn S. ein gerichtliches Verfahren ausgeschlossen sein soll." Die Betonung der Freiwilligkeit einer Zahlung spricht trotz Verwendung des Wortes "Anspruch" gegen die Statuierung eines Forderungsrechts. Reichel gibt zur näheren Illustration jedoch an, die Klausel sei wegen der Stellung des Dienstverpflichteten als Beamter aufgenommen worden, da dieser einen Prozeß gescheut habe (Iherings Jahrbuch 59, 457). Dann ist allerdings anzunehmen, daß lediglich die Klagbarkeit ausgeschlossen werden sollte.

2) Vgl. Palandt-Danckelmann, Anm. 2g zu § 271 BGB.

3) Vgl. statt vieler Löschner in BGB-RGRK, Anm. 2 zu § 387.

4) Löschner a. a. O.

ist in diesem Fall ein materiellrechtlicher Vertrag. Beschränkt sich die Verpflichtung dagegen darauf, keine Klage zu erheben, so liegt ein verpflichtender Vertrag mit prozessualer Wirkung vor.¹⁾ Eine gleichwohl erhobene Klage wird auf die *exceptio doli processualis* des Beklagten hin als unzulässig abgewiesen.²⁾

Den Parteien steht es frei, durch Vertrag die Verpflichtung zu begründen, keine Klage zu erheben, oder die Klagbarkeit durch verfügenden Vertrag zu beseitigen. Da im ersteren Fall das gewünschte Ergebnis - Klageerhebung ist unzulässig - nicht die unmittelbare Folge des Vertragsabschlusses ist, wird im Zweifel anzunehmen sein, daß ein prozessualer Verfügungsvertrag vorliegt, da es regelmäßig dem Parteiwillen entsprechen dürfte, einen Akt unmittelbarer Verfahrensgestaltung zu treffen.³⁾⁴⁾ Praktische Bedeutung hat die Vertragsauslegung in diesem Punkt allerdings nur dann, wenn man annimmt, daß der Richter auch die auf Parteivereinbarung beruhende Unklagbarkeit von Amts wegen zu berücksichtigen habe, eine Auffassung, die hier⁵⁾ abgelehnt wurde. Immerhin scheint eine grundsätzliche Stellungnahme zur Auslegungsfrage deshalb veranlaßt, weil die Rechtsprechung für einen Sonderfall auf dem Gebiet des Patentrechts abweichend entschieden hat, nämlich für die Vereinbarung, der Kläger sollte das Patent des Beklagten nicht mit der Nichtigkeitsklage nach § 13 I Nr. 1 und 2 PatentG angreifen dürfen. Der Bundesgerichtshof sieht hierin die vertragliche Verpflichtung des Klägers, keine Nichtigkeitsklage zu erheben.⁶⁾ Die Besonderheit liegt hier darin, daß die Nichtigkeitsklage als Popularklage ausgestaltet ist und der Kläger nicht einen eigenen Anspruch auf Vernichtung des Patents verfolgt, sondern das Interesse der Allgemeinheit wahrnimmt.⁷⁾ Dieser Umstand steht zwar der Begründung eines Prozeßhindernisses mit verfügender Wirkung nicht zwingend entgegen. Er mag aber die Parteien dazu veranlassen, ausdrücklich die Form eines Verpflichtungsvertrags zu wählen. Eine Vertragsauslegung entgegen dem

1) Vgl. oben S. 43 f.

2) Vgl. oben S. 43 f.

3) So grundsätzlich auch Schiedermair a. a. O. S. 115 f.

4) Schiedermair a. a. O. S. 181 entscheidet bei Verträgen über die Klagbarkeit von Ansprüchen (in seiner Terminologie: Verträge über den Rechtsschutzanspruch) umgekehrt; der Klagbarkeitsausschluß soll als pactum de non petendo umgedeutet werden (§ 140 BGB). Zu diesem Ergebnis gelangt er von seiner Grundauffassung aus, der Verzicht auf den Rechtsschutzanspruch verstoße gegen zwingende öffentlichrechtliche Normen.

5) Oben S. 45.

6) NJW 1953, 1260, mit umfangreichen Nachweisen.

7) BGH a. a. O.

hiernach zu vermutenden Parteiwillen wäre dann allerdings unstatthaft.

2. Die Abgrenzung von anderen Prozeßverträgen

a) Schiedsvertrag

Der Unterschied zwischen dem Vertrag über den Ausschluß der Klagbarkeit und dem Schiedsvertrag war bereits oben¹⁾ erörtert worden. Es hatte sich gezeigt, daß der Schiedsvertrag schon in seinem negativen Teil, d. h. soweit er die staatliche Gerichtsbarkeit ausschließt, vom reinen Klagbarkeitsausschluß abweicht. Insbesondere der positive Teil, die Einsetzung des Schiedsgerichts, ist jedoch sein hervorstechendes Unterscheidungsmerkmal. Gleichwohl sind Fälle möglich, in denen sich beide Vertragstypen ihrer gewollten Wirkung nach nahekomen. Es handelt sich dabei um Vereinbarungen, durch die die Entscheidung über das Bestehen eines Rechts dem Verpflichteten übertragen wird. Die Rechtsprechung hat hierzu wiederholt in dem Sinn Stellung genommen, daß das öffentliche Recht zwingend verbiete, daß jemand Richter in eigener Sache sei; der Ausschluß der staatlichen Gerichtsbarkeit sei in derartigen Fällen unwirksam.²⁾ Demgegenüber ist in erster Linie zu fragen, ob die Parteien hier die Begründung eines materiellrechtlichen Anspruchs überhaupt gewollt haben. Ist die bindende Entscheidung über das Bestehen des Anspruchs dem Verpflichteten übertragen, so kann das Recht gegen seinen Willen nicht mehr - auch nicht außergerichtlich - durchgesetzt werden. Damit besteht kein Anspruch im Sinn des § 194 I BGB. Allerdings kann im Einzelfall wegen des besonderen Verhältnisses der Parteien zueinander eine andere Beurteilung geboten sein. Insbesondere im Zusammenhang mit der Zugehörigkeit zu einem Verein kann die wirtschaftliche Abhängigkeit zur Bejahung von materiellen Ansprüchen des Mitglieds führen. In diesem Fall ist die Übertragung der Entscheidungskompetenz an eine Partei als Schiedsabrede gemäß § 1025 II ZPO nichtig. Es stellt sich die Frage nach der Umdeutung in einen vertraglichen Ausschluß der Klagbarkeit (§ 140 BGB). Regelmäßig wird, wenn schon ein materielles Recht besteht, jedenfalls die schwächere Wirkung der Unklagbarkeit zu bejahen sein, es sei denn, der Klagbarkeitsausschluß wäre ebenfalls wegen Ausnützung wirtschaftlicher oder sozialer Überlegenheit unwirksam.

b) Ausschluß des Rechtswegs

Erhebliche Unklarheit herrscht hinsichtlich der Abgrenzung von Klagbarkeit und Rechtsweg. Insbesondere die Rechtsprechung verwendet beide

1) S. 30 ff.

2) RGZ 29, 319; 55, 326; RG, JW 1906, 396.

Begriffe häufig in gleicher Bedeutung; Fälle, die als Ausschluß der Klagbarkeit verstanden werden müssen, werden als Ausschluß des Rechtswegs angesprochen.¹⁾ Der Fehlgebrauch der Termini ist nur dann unbedenklich, wenn man sich des sachlichen Unterschieds bewußt bleibt; während Klagbarkeit die Jurisdiktion der staatlichen Gerichte überhaupt bedeutet, betrifft der Begriff der Zulässigkeit des Rechtswegs die Frage, welcher Zweig der staatlichen Gerichtsbarkeit entscheidungskompetent ist. Da sich die Ausbildung der neben der ordentlichen Gerichtsbarkeit bestehenden Gerichtsbarkeiten (Arbeitsgerichtsbarkeit, Sozialgerichtsbarkeit, allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit, Finanzgerichtsbarkeit, Verfassungsgerichtsbarkeit) als selbständiger "Rechtsweg" erst in neuerer Zeit vollzogen hat, wird unter "Zulässigkeit des Rechtswegs" in der Regel die Entscheidungskompetenz der ordentlichen Gerichte verstanden.²⁾

Die Zulassung eines bestimmten Rechtswegs beruht auf der behördlichen Organisation der staatlichen Rechtspflege Tätigkeit.³⁾ In die Organisation des Staates können die Parteien nicht eingreifen, da die Aufgabenzuweisung an bestimmte Behörden im Interesse der Übersichtlichkeit der Durchführung staatlicher Aufgaben zwingend ist. Parteivereinbarungen, durch die ein bestimmter Rechtsweg für zulässig erklärt oder ausgeschlossen wird, sind daher im Fall ihres Widerspruchs zur Gesetzeslage unwirksam.⁴⁾

Unwirksam ist hiernach die Einsetzung eines Gerichts der inkompetenten Gerichtsbarkeit. Unwirksamkeit ist weitergehend aber auch dann anzunehmen, wenn eine andere staatliche Stelle zum Richter bestimmt wird, weil auch hier ein Eingriff in die staatliche Behördenorganisation vorliegt.⁵⁾ Beschränkt sich die Vereinbarung jedoch auf den Ausschluß der zuständigen Gerichtsbarkeit, enthält sie etwa lediglich die Bestimmung, der Rechtsweg werde ausgeschlossen, so ist, falls nicht besondere Umstände dagegen sprechen, anzunehmen, daß die Parteien einen mit staatlicher Autorität erfolgten Ausspruch über das materielle Recht überhaupt nicht wünschen.

1) Allerdings hat sich der Brauch, unter "Rechtsweg" den Gerichtsweg schlechthin zu verstehen, noch in einer Zeit erhalten, als es tatsächlich bereits verschiedene Gerichtsbarkeiten gab.

2) Vgl. Rosenberg, Lehrbuch, § 11; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Vorbem. II D vor § 1 ZPO.

3) Schiedermaier a. a. O. S. 66.

4) Schiedermaier a. a. O. mit Nachweisen in Note 51. Das gilt auch, wenn eine Partei eine staatliche Stelle mit hoheitlichen Befugnissen ist; unrichtig daher OLG Frankfurt, NJW 1949, 510.

5) Die Behörde könnte auch nicht Schiedsrichter sein, Baumbach-Lauterbach, Anm. 5 C zu § 1025 ZPO.

Auf die Verwendung des Wortes "Rechtsweg" kann gerade bei der Auslegung der Parteivereinbarung kein entscheidender Wert gelegt werden. Ein solcher "Ausschluß des Rechtswegs" ist daher grundsätzlich unter dem Gesichtspunkt des Ausschlusses der Klagbarkeit zu betrachten. Die Frage, ob die Parteien tatsächlich die Klagbarkeit ausschließen oder aber gar keinen materiellen Anspruch begründen wollten, beurteilt sich nach den bereits¹⁾ dargestellten Auslegungsgrundsätzen.

1) S. oben S. 46 ff.

II. Teil

Der vertragliche Ausschluß der Klagbarkeit eines privatrechtlichen
Anspruchs im deutschen internationalen Recht

EINLEITUNG: PROBLEMSTELLUNG; BEHANDLUNG DES VERTRAGS ÜBER DEN KLAGBARKEITSAUSSCHLUSS IM AUSLÄNDISCHEN RECHT

1. Problemstellung

Wird ein Anspruch, der ausländischem materiellen Recht untersteht und dessen Klagbarkeit die Parteien durch Vertrag ausgeschlossen haben, vor einem inländischen Gericht geltend gemacht, so stellt sich für den Richter, vorausgesetzt, daß das inländische Gericht die internationale Zuständigkeit besitzt,¹⁾ das Problem, ob der Ausschlußvertrag einer Sachentscheidung entgegensteht. Die Frage nach der Wirksamkeit des Ausschlußvertrages bedeutet die Frage nach der Rechtsordnung, an der die Wirksamkeit zu messen ist. Beurteilungsmaßstab kann das ausländische Recht sein, das das materielle Rechtsverhältnis bestimmt, oder das inländische Recht, d. h. das Recht des Gerichtsstaates. Denkbar ist, daß sich Statthaftigkeit, Geltungsgrundlagen und Geltungsschranken des Vertrages nicht nach der Rechtsordnung eines Staates beurteilen, sondern daß zum Teil inländisches, zum Teil ausländisches Recht anzuwenden ist.

Von praktischer Bedeutung ist die Frage nach der anzuwendenden Rechtsordnung nur, soweit Auslandsrecht und Inlandsrecht voneinander abweichen. Inwieweit Konflikte möglich sind, sei einleitend an Hand einiger wichtiger ausländischer Rechtsordnungen dargestellt. Die Untersuchung beschränkt sich auf die Länder Österreich, die Schweiz, Frankreich, Italien und den anglo-amerikanischen Rechtskreis.

2. Die Behandlung des Vertrages über den Klagbarkeits- ausschluß im ausländischen Recht

a) Österreich

In Österreich hat sich auch heute die Lehre vom Rechtsschutzanspruch weitgehend erhalten. Der Rechtsschutzanspruch wird definiert als der dem

- 1) Der Ausschlußvertrag kann im Einzelfall als Ausschluß der Gerichtsbarkeit nur eines Staates auszulegen sein. Auch hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit können die Parteien Vereinbarungen treffen. Riezler a. a. O. S. 293 ff. An dieser Stelle ist aber nur der generelle Klagbarkeitsausschluß zu behandeln.

Privaten gegen den Staat zustehende öffentlichrechtliche Anspruch auf Gewährung inhaltlich bestimmten Rechtsschutzes nach Maßgabe des Prozeßrechts.¹⁾ Hierin liegt, soweit der Anspruchsinhaber in Betracht kommt, zugleich die Definition der Klagbarkeit. Einen gesetzlichen Anhaltspunkt für die Theorie vom Rechtsschutzanspruch bildet § 19 ABGB, wonach es "jedem, der sich in seinem Rechte gekränkt zu sein erachtet", freisteht, "seine Beschwerde vor der durch die Gesetze bestimmten Behörde anzubringen". Hieraus wird nicht nur die formelle Entscheidungspflicht der Gerichte, sondern der Anspruch des Rechtsträgers auf Rechtsverwirklichung entnommen.²⁾ Der Rechtsschutzanspruch wird als Begriff des Prozeßrechts aufgefaßt und bei internationalen Beziehungen der *lex fori* unterworfen.³⁾

Soweit der Rechtsschutzanspruch anerkannt wird, hält ihn die überwiegende Meinung für unverzichtbar.⁴⁾ Zum Teil wird dies mit dem öffentlichrechtlichen Charakter des Anspruchs begründet,⁵⁾ zum Teil wird die Unzulässigkeit *per argumentum e contrario* aus der Regelung des Schiedsgerichtswesens gefolgert, insbesondere aus § 598 in Verbindung mit § 595 ÖZPO, welche Bestimmungen zwingend festlegen, unter welchen Voraussetzungen gegen den Schiedsspruch die staatliche Gerichtsbarkeit angerufen werden kann.⁶⁾ Dieses letztere Argument hat auch in der Rechtsprechung Verwendung gefunden.⁷⁾ Für die Zulässigkeit des vertraglichen Ausschlusses der Klagbarkeit hat sich mit beachtlichen Gründen K. Wolff⁸⁾ ausgesprochen; seine Stellungnahme ist jedoch vereinzelt geblieben.

Gegen die Lehre vom Rechtsschutzanspruch wendet sich neuerdings namentlich Fasching.⁹⁾ In Übereinstimmung mit der gegenwärtig in Deutschland herrschenden Auffassung erkennt er lediglich die im öffentlichen Recht wurzelnde Klagemöglichkeit an, die kein Recht auf günstigen Rechtsschutz umfaßt.¹⁰⁾ Auch Fasching arbeitet mit dem Begriff

1) Petschek-Stagel, Der österreichische Zivilprozeß, S. 12.

2) So K. Wolff bei Klang-Gschnitzer, Kommentar zum ABGB, I. Bd. 1. Halbbd. Anm. A 1 zu § 19.

3) Petschek-Stagel a. a. O. S. 13.

4) Vgl. die Übersicht bei K. Wolff a. a. O. 2.

5) So Petschek-Stagel a. a. O. S. 240.

6) Vgl. Ehrenzweig, System I 1, § 137

7) OGHZ Bd. 7 (1925), S. 379.

8) A. a. O. und Grundriß des österr. Zivilprozeßrechts, S. 3.

9) Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, Bd. III, Anm. 4 zu § 226 ÖZPO.

10) A. a. O. Anm. 3.

der Unklagbarkeit, die er im Fall der Naturalobligationen dem materiellen Recht zuordnet, in dem Fall, daß lediglich die gerichtliche Geltendmachung bei möglicher außergerichtlicher Befriedigung ausgeschlossen ist, als negative Prozeßvoraussetzung qualifiziert. Die Begründung der negativen Prozeßvoraussetzung der Unklagbarkeit durch Parteivereinbarung hält auch Fasching für ausgeschlossen; ein Verzicht auf das Klagerecht könne nur in der Form des pactum de non petendo erfolgen, im übrigen sei der vertragliche Klagbarkeitsausschluß unter dem Gesichtspunkt des Anspruchsverzichts zu behandeln.¹⁾

b) Schweiz

Die schweizerische Literatur zu der hier behandelten Frage steht größtenteils unter dem Einfluß der Untersuchungen Reichels.²⁾ In Anlehnung an diese wird - unter Betonung der Erzwingbarkeit als Element jedes subjektiven Rechts - zwischen gerichtlichem Zwang (Klagbarkeit) und außergerichtlichem Zwang (insbesondere Aufrechnung) unterschieden; die Möglichkeit unklagbarer Ansprüche wird bejaht.²⁾ Soweit sich eine Qualifikation des Begriffs der Klagbarkeit findet, wird die Klagbarkeit als Merkmal des Prozeßrechts behandelt.³⁾ Gleichwohl erachtet Guldener⁴⁾ insoweit nicht die Zuständigkeit der kantonalen Gesetzgebung gemäß Art. 64 der Bundesverfassung, wonach die Kantone Organisation und Verfahren der kantonalen Gerichte regeln, für gegeben; vielmehr bemißt sich ihm zufolge die Klagbarkeit nach dem Privatrecht, da dieses mit der Statuierung von Rechten deren gerichtlichen Schutz verheiße, fällt also in die Kompetenz des Bundes.

Der Ausschluß der Klagbarkeit durch Parteivereinbarung wird im Schrifttum für zulässig gehalten,⁵⁾ wobei zur Begründung außer auf die Möglichkeit des Anspruchsverzichts auf die Zulässigkeit des Schiedsvertrages hingewiesen wird. Die Rechtsprechung hat vereinzelt den gegenteiligen Standpunkt vertreten,⁶⁾ ohne damit in der Literatur Gefolgschaft gefunden

1) A. a. O. Anm. 11.

2) Becker im Berner Kommentar zum Schweizerischen ZGB, Bd. VI, S. 7; von Bühren, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, S. 9

3) Becker a. a. O.; von Bühren a. a. O. S. 9 ff.

4) von Tuhr-Siegwart, Allgemeiner Teil des Schweiz. Obligationenrechts, S. 35; Guldener, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozeßrecht, S. 4.

5) A. a. O. S. 24 f.

6) Becker, von Bühren, von Tuhr-Siegwart a. a. O.

7) Neuenburg, Schweiz. Juristenzeitung, Bd. 19 (1922/23), S. 296.

Die Stelle enthält keine Begründung.

zu haben. Das rechtfertigt die Annahme, daß dem Ausschluß der Klagbarkeit nach schweizerischem Recht durchschlagende Gründe nicht entgegenstehen. Nicht erörtert ist, soweit ersichtlich, die Frage, ob und gegebenenfalls wo dem Ausschluß Grenzen zu setzen sind. Die als Argument für die Zulässigkeit verwendete Analogie zum Schiedsvertrag legt es nahe, den Klagbarkeitsausschluß nur in den Grenzen der Zulässigkeit der Schiedsklausel zuzulassen. Wie im deutschen Recht ist damit Voraussetzung, daß der Berechtigte über den materiellen Anspruch verfügen kann.¹⁾

c) Frankreich

Der Begriff der "action en justice" ist in der französischen Prozeßrechtswissenschaft oft untersucht und definiert worden.²⁾ "Action" kann in doppeltem Sinne verstanden werden:³⁾ der Begriff bezeichnet sowohl die Möglichkeit, auf entsprechenden Antrag hin eine gerichtliche Entscheidung überhaupt herbeizuführen (entspricht in diesem Sinn also dem Justizgewährungsanspruch der deutschen Lehre), wie die Befugnis des Rechtsträgers, seinem Recht zu gerichtlicher Anerkennung und Durchsetzung zu verhelfen (insoweit vergleichbar dem deutschrechtlichen Rechtsschutzanspruch). Diesen letzteren Sinn hat der Begriff in dem noch von Garsonnet und Cézair - Bru⁴⁾ übernommenen Satz: pas de droit sans action. Die neuere französische Doktrin zeigt zunehmend eine Abkehr von der Lehre von der Einheit des materiellen Rechts und des Klagerechts.⁵⁾ Sie betont die Existenz klagloser Ansprüche und rechnet hierzu die Naturalobligationen (z. B. Ansprüche aus Spiel oder Wette), die bedingten und befristeten sowie die verjährten Ansprüche.⁶⁾ Der Befugnis zur Beschreitung des Gerichtswegs wird prozessualer Charakter beigelegt mit der Folgerung, daß sie sich nach der lex fori richtet.⁷⁾

1) Guldener, Das Schweiz. Zivilprozeßrecht, Bd. II, S. 515 und dort Note 41.

2) Übersicht bei Solus-Perrot, Droit judiciaire privé, Bd. I, Nr. 96.

3) Solus-Perrot a. a. O. mit Nachweisen.

4) Traité théorique, Bd. I, Nr. 352.

5) Vgl. namentlich Capitant, Introduction, Nr. 91; Motulsky, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, Nr. 31. Von den Prozessualisten vgl. Morel, Traité élémentaire, Nr. 25; Solus-Perrot a. a. O. Nr. 100; gegen die Einheitstheorie auch Giverdon, Artikel "Désistement" in Dalloz, Rép. proc. civ. et comm., Nr. 100.

6) Solus-Perrot a. a. O.

7) Vincent, Artikel "Action" in Dalloz a. a. O. Nr. 3.

Die Aufzählung der nicht mit einer action ausgestatteten Ansprüche zeigt, daß der französischen Lehre der unklagbare Anspruch im Sinne Reichels unbekannt ist. Die Ansprüche "ne pas munis d'action" sind sämtlich materiell unvollkommene, undurchsetzbare Rechte. Geht man von einem materiellrechtlich voll ausgebildeten Anspruch aus, so ist Durchsetzbarkeit vor Gericht für ihn nach französischer Auffassung wesentlich. Daß der Ausschluß des Gerichtsschutzes nach französischer Auffassung stets den materiellen Rechtsgehalt berührt, zeigt auch das Institut des désistement d'action, der Abstandnahme des Klägers von der gerichtlichen Rechtsverfolgung mit der prozessualen Wirkung, daß eine neue Klage unzulässig ist.¹⁾ Mit dem Hinweis darauf, daß der Anspruch hierdurch seine gerichtliche Durchsetzbarkeit einbüße, sieht man im désistement d'action einen Verzicht des Klägers auf das materielle Recht selbst.²⁾ Das französische Recht kennt auch das pactum de non petendo nicht,³⁾ so daß sich ein Klagbarkeitsausschluß auch nicht in einen schuldrechtlichen Vertrag auf Unterlassung der Klageerhebung umdeuten läßt.

1) Giverdon a. a. O. Nr. 100.

2) Glasson-Tissier-Morel, *Traité théorique et pratique*, Bd. II, S. 596; Japiot, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Nr. 884; Cuche-Vincent, *Précis de procédure civile et commerciale*, Nr. 571; Giverdon a. a. O. Nr. 90

3) Dieser Vertrag ist vielmehr im Institut der remise de dette (art. 1282 - 1288 code civil) aufgegangen; vgl. Jaubert, *Remise de dette*, in: *Juris-Classeur civil*, Nr. 16.

d) Italien

Die moderne italienische Prozeßrechtswissenschaft geht, gestützt auf die Autorität Chiovendas, von der Trennung von materiellem Recht und Klagerecht (*diritto d'azione*) aus. Chiovenda, seinerseits beeinflusst von der Lehre Wachs vom Rechtsschutzanspruch, definiert das Klagerecht als "il potere giuridico di porre in essere la condizione per l'attuazione della volontà delle legge".¹⁾ Das Klagerecht richtet sich mit diesem Inhalt gegen den Anspruchsgegner, ohne daß ihm auf dessen Seite eine Verpflichtung entspricht, und hat je nach dem Inhalt des materiellen Rechts teils öffentlichrechtlichen, teils privatrechtlichen Charakter.²⁾ Demgegenüber sieht Carnelutti im Klagerecht "il diritto di ottenere dal giudice ... la prestazione necessaria per la composizione della lite, in cui consiste l'esercizio della sua potestà."³⁾ Ihm zufolge richtet sich das Klagerecht gegen das staatliche Rechtspflegeorgan und ist damit stets ein subjektives öffentliches Recht.⁴⁾ Inhaltlich geht es auf Ausübung der Rechtspflegetätigkeit schlechthin, nicht auf Gewährung günstigen Rechtsschutzes, entspricht also dem Justizanspruch des deutschen Rechts. Diese Auffassung vom *diritto d'azione* wird heute überwiegend vertreten.⁵⁾ Übereinstimmung besteht darin, daß das Klagerecht prozessualen Charakter aufweist⁶⁾ und sich in Prozessen mit Auslandsbeziehungen nach der *lex fori* bestimmt.⁷⁾

Für die Verzichtbarkeit des Klagerechts hat sich Chiovenda mit der Begründung ausgesprochen, die Verzichtbarkeit sei grundsätzlich das Merkmal jeden subjektiven Rechts. Den gegenteiligen Standpunkt vertritt im Anschluß an Carnelutti⁸⁾ die wohl überwiegende Lehre.⁹⁾ Hiernach kann auf das Klagerecht nur gemäß art. 306 codice di procedura civile in Verbindung mit einem bestimmten Prozeß verzichtet werden. Ein genereller Verzicht darauf, zur Durchsetzung eines Anspruchs den Klageweg zu

1) Istituzioni di diritto processuale civile, s. 20. Chiovenda hebt die Identität dieser Definition mit der des Gaius (Inst. IV, 6, pr.) hervor: nihil aliud est actio quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur.

2) Chiovenda a. a. O.

3) Istituzioni del processo civile italiano, Bd. I, S. 194 (Nr. 206).

4) Carnelutti a. a. O.

5) Vgl. z. B. Rocco, Trattato di diritto processuale civile, Bd. I, S. 259

6) Carnelutti a. a. O. S. 193; Betti, Diritto processuale civile italiano, S. 72, 8.

7) Morelli, Diritto processuale civile internazionale, S. 17 f (Nr. 6).

8) Clausole di rinuncia alla giurisdizione italiana, in: Studi di diritto processuale S. 159 ff., 161, 170.

Fußnote 9) siehe auf Seite 59, unten.

beschreiten (Präventivverzicht), ist unwirksam. Dies wird mit dem öffentlich-rechtlichen Charakter des Klagerechts sowie damit begründet, das Klagerecht sei als "un potere astratto" nicht mit einem bestimmten materiellen Anspruch verknüpft.¹⁾ Damit bleibt nur die Möglichkeit der Umdeutung des Klagbarkeitsausschlusses in ein pactum de non petendo, das auch dem italienischen Recht bekannt ist. Das pactum de non petendo hat nach italienischer Auffassung nicht den Verzicht auf das Klagerecht selbst, sondern nur auf seine Ausübung zum Inhalt.²⁾

e) Der anglo-amerikanische Rechtskreis

Der anglo-amerikanische Rechtskreis kennt die Rechtsfigur des covenant not to sue, des Vertrages zwischen Gläubiger und Schuldner, durch den die gerichtliche Geltendmachung der Forderung ausgeschlossen wird. Der covenant not to sue erklärt sich historisch aus der Tatsache, daß nach common law im Fall der Gesamtschuld ein Erlaß gegenüber nur einem Schuldner unter Vorbehalt der Rechte gegenüber den übrigen Schuldnern nicht möglich war. Die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs führten zur Entwicklung eines Vertrags, durch den sich eine erlaß"ähnliche" Wirkung nur in Richtung auf einen oder mehrere Gesamtschuldner erzielen ließ.³⁾ Der covenant not to sue wird begrifflich vom Erlaß (release) geschieden.⁴⁾ Das wirkt sich bei der Behandlung des zeitlich befristeten covenant not to sue aus, der bei Klageerhebung vor Fristablauf nicht zur Abweisung der Klage (etwa unter dem Gesichtspunkt der Stundung) führt, sondern lediglich Schadensersatzansprüche begründet.⁵⁾ Jedoch wird der unbedingt und unbefristet abgeschlossene covenant not to sue einem Erlaßvertrag gleichgestellt.⁶⁾

Der Erlaß wiederum kann sich auf die materiellrechtliche Obligation (debt) oder auf das Klagerecht (right of action) beziehen, das aus der Rechtsverletzung entspringt.⁷⁾ Der Verzicht auf das Klagerecht ist an besonders strenge Voraussetzungen geknüpft. Er verlangt zu seiner Wirksamkeit das

1) Dieses Argument insbesondere bei d'Onofrio, a. a. O.

2) Vgl. Rocco a. a. O., Bd. II, S. 216 f.

3) Vgl. Corbin, Contracts, § 932.

4) Corbin a. a. O. Vgl. auch Halsbury, Artikel "Contracts", Nr. 372.

5) Chitty, Contracts, Nr. 561.

6) Halsbury a. a. O.; Chitty a. a. O. Nr. 572.

7) Halsbury a. a. O.; Nr. 371; Haudek, Artikel "Erlaß" in: Rechtsvergleichen-des Handwörterbuch, Bd. III, S. 160.

9) v. S. 58) Betti a. a. O. S. 531; Morelli, Studi di diritto processuale civile internazionale, S. 124 f.; d'Onofrio, Commento al codice di procedura civile, Bd. I, S. 203 (Nr. 268, d); Costa, Manuale di diritto processuale civile, S. 15 (Nr. 12, a). Eine Stellungnahme der Rechtsprechung ist nicht bekannt.

Versprechen und Bewirken einer Gegenleistung, die sich der Art nach von der Schuld unterscheiden muß, im Wert hinter ihr zurückbleiben kann.¹⁾ Mit Recht bemerkt Haudek, daß dieser Vorgang der Erfüllung durch Erfüllungssurrogate (Leistung erfüllungshalber oder an Erfüllung Statt, § 364 BGB) entspricht.²⁾ Die für den Klageverzicht erbrachte Gegenleistung bewirkt wie die Erfüllung das Erlöschen der materiellen Forderung. Die Ausgestaltung des vertraglichen Verzichts auf das Klagerecht rechtfertigt daher die Annahme, daß es im anglo-amerikanischen Recht - vom Schiedsvertrag abgesehen - keinen Klagbarkeitsausschluß ohne Rückwirkung auf das materielle Recht gibt. Das ist deshalb bemerkenswert, weil die Rechtsprechung, namentlich die amerikanische, zwischen gerichtlichen und außergerichtlichen Zwangsmitteln, die ein Forderungsrecht dem Gläubiger gewährt, genau unterscheidet.³⁾

1) Haudek, a. a. O.

2) Haudek, a. a. O.

3) Vgl. etwa die Entscheidung des U. S. Supreme Court in Sachen Knapp, Stout & Co. Company v. McCaffray, 177 U. S. 638, 644 (1900).

3. Kapitel: DER GELTUNGSGEREICH DER LEX FORI IM VERFAHRENSRECHT NACH DER MODERNEN DEUTSCHEN PROZESSLEHRE

I. Grundsätzliche generelle Anwendbarkeit der lex fori

1. Der Anwendungsbereich der lex fori nach der überkommenen Lehre

"Die Grundregel des internationalen Zivilprozeßrechts ist die Geltung der lex fori in allen Verfahrensfragen; fremdes Prozeßrecht ist auch bei Streitigkeiten um Rechte, die materiell fremden Gesetzen unterliegen, von den inländischen Behörden nicht anzuwenden."¹⁾ Dieser Satz beherrscht heute die prozessuale Wissenschaft und Praxis wohl aller Staaten der Erde. Er beruht darauf, daß die nationale Staatsgewalt territorial begrenzt ist. Das Ob und Wie ihrer Ausübung, also auch das Vorgehen der staatlichen Gerichte, kann daher für ein Territorium nur vom jeweiligen Staat selbst bestimmt werden. Die Einheit des Prozesses erfordert aber, daß Gericht und Parteien an eine einheitliche Verfahrensordnung gebunden sind.²⁾ Sowohl für die Handlungen des Gerichts wie für die der Parteien ist daher das Recht des Gerichtsstaats maßgebend. Die lex fori gilt damit für sämtliche Prozeßhandlungen, die dem Streitverfahren angehören, also innerhalb des Prozesses vorzunehmen sind. Hierin liegt keine Begrenzung des Herrschaftsbereichs der lex fori. Denn da sich der Prozeß äußerlich aus Handlungen des Gerichts und der Parteien zusammensetzt, bilden die Geltungsgrundlagen der Prozeßhandlungen die Verfahrensregeln schlechthin. Nach der lex fori beurteilt sich z. B., ob die Verhandlungsmaxime oder die Inquisitionsmaxime gilt, welche Prozeßart zulässig ist, ob Anwaltszwang besteht, welche prozessualen Einreden für das Gericht beachtlich sind, ob Streitgenossenschaft erlaubt ist etc.³⁾ Vom Grundsatz der Geltung der lex fori in Verfahrensfragen werden von der überkommenen Lehre nur folgende Ausnahmen zugelassen:⁴⁾

1) Nußbaum, Deutsches internationales Privatrecht, S. 384.

2) Riezler, a. a. O. S. 94. Dort S. 93 f. auch Hinweise auf ältere Begründungen für die Maßgeblichkeit der lex fori im Verfahrensrecht.

3) Riezler a. a. O., S. 92.

4) Vgl. Riezler a. a. O. S. 92 ff.; Guldener, Das internationale und interkantonale Zivilprozeßrecht der Schweiz, S. 8.

- a) Die Frage der Parteifähigkeit und der Prozeßfähigkeit bestimmt sich grundsätzlich nach Heimatrecht.
- b) Über die Formwirksamkeit einer im Ausland vorgenommenen Zustellung oder Beweisaufnahme entscheidet das Recht des Staates, in dem die Zustellung oder Beweisaufnahme erfolgt ist.
- c) Im Zusammenhang mit der Anerkennung oder Vollstreckung eines ausländischen Gerichtsurteils im Inland kann es notwendig sein, für die Begriffe "Gericht", "Urteil" und "Rechtskraft" auf die Vorstellungen des ausländischen Rechts zurückzugreifen.
- d) Bei der Beurteilung der internationalen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts gilt die lex fori dann nicht, wenn sich nach inländischem Recht die Unzuständigkeit des Gerichts ergeben würde, eine sonstige internationale Zuständigkeit aber fehlt.

2. Die Qualifikation

Die Zuordnung zum materiellen Recht oder zum Prozeßrecht ist für zahlreiche Rechtsinstitute in den jeweiligen Rechtsordnungen verschieden. Zu den bekanntesten Beispielen gehört die Verjährung, die nach deutscher Auffassung ein Begriff des materiellen Rechts ist, während z. B. das englische Recht sie zum Prozeßrecht zählt.¹⁾ Will das angerufene Gericht im Prozeß mit Auslandsbeziehungen eine bestimmte Frage nach der lex fori entscheiden, so setzt die Entscheidung voraus, daß es die Frage als verfahrensrechtlich qualifiziert hat. Die Qualifikation kann entweder nach den Vorstellungen des inländischen Rechts oder denen des ausländischen Rechts erfolgen. Das Gericht muß sich daher zunächst klar sein, welche Rechtsordnung die Grundlage der Qualifikation bilden soll.

Es wird heute überwiegend gelehrt und entspricht der internationalen Praxis, daß die Qualifikation als materiellrechtlich oder prozessual ausschließlich nach den Vorstellungen des inländischen Rechts vorzunehmen ist.²⁾ Dies wird damit begründet, daß der Richter in den Kategorien der eigenen Rechtsordnung zu denken gewohnt ist. Hieran hat sich insbesondere die deutsche Rechtsprechung gehalten. In einer älteren Entscheidung hat sich das Reichs-

1) Dicey, Conflict of Laws, Rule 204 (3), S. 1087, 1092 ff.

2) Riezler a. a. O. S. 106; Schoch a. a. O. S. 154 ff. Dort jeweils weitere Nachweise. Für Qualifikation *lege causae* besonders M. Wolff, Intern. Privatrecht, § 13.

gericht allerdings zum entgegengesetzten Grundsatz bekannt.¹⁾ Diesen Standpunkt hat es aber später aufgegeben.²⁾ Die ausländische Rechtsordnung kann hiernach als Grundlage der Qualifikation auch nicht konkurrierend herangezogen werden.³⁾ Daß dem Richter eine bestimmte Qualifikation nicht durch Parteivereinbarung vorgeschrieben werden kann, versteht sich angesichts der Tatsache, daß es sich um ein systematisches Problem handelt, von selbst.

Die Maßgeblichkeit der lex fori für die Qualifikation schränkt Riezler⁴⁾ dahin ein, die Qualifikation dürfe nicht zu einem Eingriff in das öffentliche Recht, namentlich den ordre public eines anderen Staates führen. Sei etwa bei einer Rechtsstreitigkeit, bei der ausländische Sachnormen anzuwenden sind, nach ausländischem Recht der Rechtsweg zulässig, nach inländischem Recht dagegen nicht, so habe das inländische Gericht den Begriff der "bürgerlichen Rechtsstreitigkeit" nach seinem eigenen Recht zu qualifizieren; die Klage sei daher als unzulässig abzuweisen. Sei jedoch nach dem sachlich maßgebenden ausländischen Recht der Rechtsweg ausgeschlossen, dürfe das inländische Gericht nicht in Anwendung der lex fori dem Anspruch zur Durchsetzung im Inland verhelfen. Der Ausschluß des Rechtswegs durch den ausländischen Gesetzgeber beruhe in der Regel auf staatspolitischen Erwägungen. Der ausländische ordre public könne auch von den inländischen Behörden nicht ganz beiseite geschoben werden. Daß demgegenüber der inländische ordre public die Eröffnung des Rechtswegs für einen materiell dem ausländischen Recht unterstehenden Anspruch verlange, sei nicht ersichtlich. Die Beachtlichkeit des ausländischen Ausschlusses des Rechtswegs für das inländische Gericht sei auch "im Interesse der Freihaltung des zwischenstaatlichen Rechtsverkehrs von Retorsionen in Zuständigkeitsfragen" zu fordern. Was für den Ausschluß des Rechtswegs gelte, müsse entsprechend gelten, wenn der ausländische Staat eine ausschließliche Zuständigkeit in Anspruch nehme. Mit diesen Ausführungen nähert sich Riezler bereits den sogleich unter II. zu besprechenden Autoren, die für eine Begrenzung

1) RGZ 46, 193; sections 49 und 50 der englischen Sale of Goods Act (Klage des Verkäufers auf Zahlung erst zulässig nach Übergabe der Ware) seien bei einer Klage in Deutschland nicht anzuwenden, da es sich nach englischer Auffassung um Prozeßrecht handle, also die lex fori gelte.

2) Z. B. RGZ 145, 131 (zur Verjährung).

3) Schoch a. a. O. S. 154.

4) A. a. O. S. 112 f.

des Grundsatzes von der Maßgeblichkeit der *lex fori* in Verfahrensfragen eintreten. Ein Qualifikationsproblem stellt der von Riezler erörterte Fall nicht mehr dar. Durch eine am ausländischen Recht orientierte Qualifikation könnte das von Riezler befürwortete Ergebnis nur dann erreicht werden, wenn, was kaum vorstellbar ist, die ausländische Rechtsordnung die Begriffe "Zulässigkeit des Rechtswegs" und "ausschließliche Zuständigkeit" als materiellrechtlich verstehen würde.

II. Beschränkte Anwendbarkeit der *lex fori*

Der Grundsatz der *lex fori* führt im Einzelfall zu wenig sinnvollen Ergebnissen. Auch bei prozessualer Qualifikation muß mitunter Auslandsrecht angewendet werden. Ein Beispiel bildet die Behandlung der Beweislast in Prozessen mit Auslandsbeziehungen. In der deutschen Prozeßrechtswissenschaft wird die Beweislastfrage ihrem Wesen nach als prozessuale angesehen.¹⁾ Dies hat jedoch nicht zur Anwendung der *lex fori* geführt.²⁾ Bei der Durchsetzung ausländischen materiellen Rechts mit inländischen Beweislastregeln zu arbeiten, erscheint offensichtlich widersinnig. Die Notwendigkeit einer angemessenen Lösung der bei Auslandsbeziehungen auftauchenden Schwierigkeiten hat Anlaß dazu gegeben, nach dogmatischen Grundlagen für die Einschränkung des Satzes von der Maßgeblichkeit der *lex fori* zu forschen. Hierbei bieten sich zwei Wege an: bestimmte Verfahrensregeln werden als materiellrechtliche Bestimmungen qualifiziert und so dem Geltungsbereich der *lex fori* entzogen oder der Geltungsbereich der *lex fori* wird in der Weise eingeschränkt, daß das Recht des Gerichtsstaats nicht auf sämtliche als prozessual zu qualifizierende Rechtsregeln angewendet wird.

1. Materiellrechtliche Qualifikation bestimmter Verfahrensvorschriften

a) Die Lehre Goldschmidts vom materiellen Justizrecht

Die Vorstellung, daß die das Verfahren betreffenden Rechtsnormen unterschiedlichen Rechtscharakter haben, liegt der Lehre Goldschmidts vom materiellen Justizrecht zugrunde.³⁾ Unter materiellem Justizrecht

1) Vgl. Pohle, zur Beweislast im internationalen Recht, Festschrift für Dölle, Bd. II, S. 317 ff., 332.

2) Pohle a. a. O.

3) Goldschmidt, Materielles Justizrecht, Festgabe für Hübler, S. 85 ff.; Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht, Festschrift für Brunner, S. 109 ff.

versteht er "das bürgerliche Recht selbst, umgedacht als Inbegriff von Rechtsregeln für das Verhältnis der Individuen zum rechtsschutzpflichtigen Staat".¹⁾ Es handelt sich damit um Rechtsvorschriften, die bestimmen, welchen Inhalt das vom Gericht zu erlassende Urteil haben muß. In dieser Eigenschaft soll das Justizrecht weder Prozeßrecht sein, da sich aus ihm nicht ergebe, wie das Urteil zu finden ist, noch Privatrecht, da es nicht sage, was zwischen den Beteiligten rechtens ist.²⁾ Sein Ursprung in den Vorschriften des materiellen Rechts einerseits, seine alleinige Wirkung im Prozeßfall andererseits zeigen jedoch, daß das Justizrecht zu beiden Rechtsgebieten in naher Beziehung steht. Damit bildet die Lehre von Goldschmidt einen Ansatzpunkt für eine materiellrechtliche Qualifikation von Verfahrensvorschriften. Im Geltungsbereich des materiellen Justizrechts soll bei Auslandsbeziehungen nicht die *lex fori*, sondern das sachlich maßgebende Auslandsrecht anzuwenden sein.³⁾

b) Die Lehre Niederländers

Der Begriff des materiellen Justizrechts hat sich nicht durchsetzen können, vor allem wohl wegen seiner Verknüpfung mit der Lehre vom Rechtsschutzanspruch, die heute überwiegend abgelehnt wird.⁴⁾ Der Gedanke der materiellrechtlichen Qualifikation von Verfahrensnormen hat sich jedoch erhalten und kehrt in den Ausführungen von Niederländer⁵⁾ wieder. Niederländer geht davon aus, daß die Abgrenzung von Privatrecht und Prozeßrecht nur von dem Urteil her möglich ist, das über die Rechtsbehauptung des Klägers zu ergehen hat. Der inländische Richter, der ein Rechtsverhältnis ausländischen Rechts zu beurteilen habe, solle nach Möglichkeit diejenige Entscheidung treffen, die ein Gericht der materiell zuständigen Rechtsordnung auf die gleiche Rechtsbehauptung hin treffen würde. Zu fragen sei, welche prozessualen Normen des Inlandes für den Ausgang des Rechtsstreits entscheidend sein können.⁶⁾ Die Eignung zur Einflußnahme auf den Prozeßausgang besäßen zwar alle Prozeßrechtsnormen. Während

1) Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht, a. a. O. S. 120, 123.

2) So auch Kipp, Über Doppelwirkungen im Recht, Festschrift für Ferd. von Martitz, S. 211 ff., 213.

3) Goldschmidt, Zivilprozeßrecht, S. 23.

4) In jüngster Zeit sind jedoch Pohle und Blomeyer für die Lehre vom Rechtsschutzanspruch eingetreten. Vgl. oben S. 12 Note 3.

5) Materielles Recht und Verfahrensrecht im internationalen Privatrecht, Rebels Zeitschrift 1955, S. 1 ff.

6) A. a. O. S. 35

einige Vorschriften, etwa die über die Zahlung des Gerichtskostenvorschusses oder den Anwaltszwang, aber prozeßentscheidenden Charakter nur in Verbindung mit den persönlichen Verhältnissen der Prozeßbeteiligten hätten (der ausländischen armen Partei wird z. B. das Armenrecht mangels Gegenseitigkeit nicht gewährt), also für den Fall, daß eine andere Person klagt, das Prozeßergebnis nicht beeinflussen würden, besäßen andere Vorschriften eine streitentscheidende Wirkung unabhängig von der Person der Parteien und der Richter. Das gelte etwa für die Regeln über die Beweislast, über die Zulässigkeit bestimmter Beweismittel und die Zulässigkeit der Feststellungsklage. Die diesbezüglichen inländischen Bestimmungen müßten, falls sie von den entsprechenden ausländischen Regeln abweichen, das Prozeßergebnis zwingend ändern. Auch einem anderen Kläger sei es nicht möglich, das Feststellungsinteresse herbeizuführen, den erforderlichen Beweis zu erbringen, um den Folgen der Beweislastverteilung zu entgehen, oder sich über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Beweismittels hinwegzusetzen. Rechtsschutzvorschriften, die derart das Prozeßergebnis zwingend beeinflussen, seien ihrem Wesen nach streitentscheidendes, materielles Recht und den formellen, nun prozeßordnenden Bestimmungen gegenüberzustellen, denen nur fakultative prozeßbeeinflussende Wirkung zukomme. Die streitentscheidenden Rechtsschutznormen seien bei Auslandsbeziehungen dem ausländischen Recht zu entnehmen, die prozeßordnenden unterstützenden der *lex fori*.¹⁾ Als grundsätzlich materielle Rechtsschutznormen, die nach ausländischem Recht zu beurteilen sind, sieht Niederländer im einzelnen an:²⁾ die Bestimmungen über die Partei und Prozeßfähigkeit und über die Aktiv- und Passivlegitimation; über die Voraussetzungen der verschiedenen Rechtsschutzformen einschließlich des Rechtsschutzbedürfnisses, des Feststellungsinteresses, der Zulässigkeit der Widerklage und der Aufrechnung im Prozeß; das Beweisrecht, vor allem die Regeln über die Beweislast, über Vermutungen, prima-facie-Beweis und die Zulässigkeit der Beweismittel; die Bestimmungen über Verjährung, Verwirkung, Schadensbemessung, Mithaftung anderer, mitwirkendes Verschulden und Gültigkeit und Rechtswirkungen eines Schiedsvertrags.

1) A. a. O. S. 40 ff. Die hiernach mögliche Anwendung fremden Prozeßrechts soll nach Niederländer a. a. O. S. 49 f. jedoch folgenden Einschränkungen unterliegen: Ausschließlich das Recht des Urteilsstaats bestimmt über die Rechtskraft und die Anfechtbarkeit der Entscheidung sowie über die Zwangsvollstreckung; dem Gericht dürfen ferner durch das ausländische Recht keine Aufgaben zugeschoben werden, die ihm nicht nach inländischem Recht obliegen; und schließlich gilt allein inländisches Recht in allen beschleunigten Verfahrensarten.

2) A. a. O. S. 51.

c) Die Lehre von Neuhaus

Für die materiellrechtliche Qualifikation bestimmter Verfahrensnormen hat sich außer Niederländer auch Neuhaus ausgesprochen.¹⁾ Ihm zufolge stehen einige Vorschriften auf der Grenze zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht. Die an den Rechtsvorstellungen des eigenen Staats orientierte Qualifikation führe in solchen Fällen zu Konflikten. Hier empfehle sich eine Qualifikation nach dem funktionellen Zusammenhang zwischen Prozeß- und Privatrecht. Dieser sei bei gewissen das Verfahren betreffenden Regeln so eng, daß diese als Zubehör des materiellen Rechts behandelt werden müßten. Hierzu zählt Neuhaus die Bestimmungen über die Prozeßführungsbefugnis, die Klagbarkeit und die Beweislast.²⁾ Aber auch reines Prozeßrecht, das als solches zu qualifizieren sei, könne mit dem Sachrecht verbunden sein.³⁾ Die Verbindung könne einmal kraft einer ausdrücklichen Verweisung auf das materielle Recht bestehen. Das Prozeßrecht könne ferner voraussetzen, daß präjudizielle Rechtsverhältnisse nach einheimischem materiellem Recht zu beurteilen seien oder daß das ausländische Recht mit dem inländischen übereinstimme; hier stelle sich die Frage einer möglichen Substitution des inländischen Rechts durch das ausländische Recht. Schließlich gebe es Verfahrensnormen, die auf einheimische Rechtsinstitute abgestellt seien; in diesem Fall müsse die entsprechende ausländische Institution mit der inländischen daraufhin verglichen werden, ob eine Auswechselung mit dem Ziel der direkten oder analogen Anwendung der inländischen Bestimmung auf das ausländische Rechtsinstitut möglich sei. Nur soweit die jeweils anzustellende Prüfung positiv ausfalle, sei das inländische Prozeßrecht im Prozeß mit Auslandsbeziehungen anwendbar.

Neuhaus versucht damit, zu einer dogmatisch befriedigenden Lösung nicht allein über die Qualifikation der inländischen Rechtsnormen zu gelangen, sondern will zudem solche Verfahrensvorschriften dem Geltungsbereich der *lex fori* entziehen, die auf spezielle inländische Rechtsinstitute zugeschnitten sind. Insoweit stimmt er methodisch mit denjenigen Schriftstellern überein, die den Grundsatz der Maßgeblichkeit der *lex fori* als solchen einschränken wollen. Neuhaus hält eine derartige Einschränkung ausdrücklich für möglich.⁴⁾ Dieser Grundsatz könne logisch nicht begründet werden. Er

1) Internationales Zivilprozeßrecht und internationales Privatrecht, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1955, 201 ff.

2) A. a. O. S. 237.

3) Neuhaus a. a. O. S. 238 ff.

4) A. a. O. S. 257.

ergebe sich weder daraus, daß das Prozeßrecht öffentliches Recht und als solches streng territorial sei, noch daraus, daß der Staat mit seinem Prozeßrecht bestimmte Tendenzen verfolge, die bei Anwendung ausländischer Verfahrensvorschriften durchkreuzt würden; letztere Argumentation würde alle prozessualen Bestimmungen, einschließlich bloßer Ordnungsvorschriften, zum Rang des *ordre public* erheben. Für die Anwendung des eigenen Prozeßrechts sprächen allein die offenbare Schwierigkeit und Umständlichkeit eines Arbeitens mit fremdem Recht. Diese Schwierigkeiten bestünden aber auch dann, wenn ein Gericht materielles Auslandsrecht anzuwenden habe. Niemand sei auf den Gedanken gekommen, deshalb die Anwendung ausländischen Sachrechts durch die inländischen Behörden für unzulässig zu erklären.

2. Die Ausklammerung bestimmter Verfahrensvorschriften aus dem Geltungsbereich der *lex fori*

a) Die Lehre Horst Müllers

Für die Einschränkung des Grundsatzes der Maßgeblichkeit der *lex fori* in Verfahrensfragen hat sich besonders Horst Müller ausgesprochen.¹⁾ Der Satz, daß für das Prozeßrecht immer die *lex fori* maßgebend sei, könne in dieser Allgemeinheit gar nicht begründet werden. Er gelte nur für solche Fragen, in denen sich eine sichere und unbestrittene Praxis nachweisen lasse. Wo dies nicht möglich sei, müsse die Behandlung internationaler Konfliktfälle von der Trennung zwischen abstrakten und sachrechtsverbundenen Verfahrensnormen ausgehen.²⁾ Sowohl abstraktes wie sachrechtsverbundenes Verfahrensrecht diene der prozessualen Verwirklichung des Privatrechts, sei also seinem Wesen nach Prozeßrecht. Während aber der Inhalt der abstrakten Rechtsnormen vom Sachrechtsverhältnis nicht beeinflußt werde, seien die sachrechtsverbundenen Verfahrensnormen, beispielsweise die Vorschriften über die Aufrechnung im Prozeß, dazu bestimmt, die prozeßuale Durchführung spezieller materiellrechtlicher Normen zu gewährleisten. Sie seien daher inhaltlich vom zugehörigen Sachrecht bestimmt und nur mit diesem zusammen verständlich. In derartigen Fällen müsse das Prozeßrecht mit dem Sachrecht übereinstimmen, sonst fehle dem Privatrecht die prozessuale Durchführung, dem Prozeßrecht die privatrechtliche Voraussetzung. Eine inländische sachrechtsverbundene Verfahrensnorm dürfe daher im Prozeß mit Auslandsbeziehungen

1) Der Schuldspruch bei Ehescheidung durch deutsche Gerichte nach ausländischem Recht, Jahrbuch für internationales Recht, Bd. V, Heft 2/3, S. 239 ff.

2) A. a. O. S. 249.

nur dann angewendet werden, wenn das maßgebliche ausländische Sachrecht die gleichen Rechtsinstitute kenne, wie sie die inländische Verfahrensnorm voraussetze. Nur wenn in diesem Sinn ein Systemzusammenhang bejaht werden könne, sei die Anwendung der *lex fori* unbedenklich. Andernfalls müsse die inländische Verfahrensvorschrift unbeachtet bleiben.

b) Die Lehre von Craushaars

Den Gedanken Horst Müllers, daß inländisches sachrechtbezogenes Prozeßrecht im Fall der Durchsetzung ausländischen Sachrechts nur bei Bestehen eines Systemzusammenhangs angewendet werden kann, hat von Craushaar¹⁾ mit Blickrichtung auf das deutsch-österreichische Erbrecht weiter verfolgt. Er widmet sich besonders von von Müller offengelassenen Frage, welche Prozeßvorschriften an Stelle der unanwendbaren inländischen gelten sollen. Im Negativen stimmt der Müller mit der Einschränkung zu, daß auf die Anwendung des inländischen Prozeßrechts insoweit nicht verzichtet werden könne, als seine Geltung im staatlichen Interesse am reibungslosen Funktionieren der Gerichtsapparate liege.²⁾ Zur Beantwortung der Frage, inwieweit hiernach Inlandsrecht gilt, erweitert von Craushaar die Lehre von den sachrechtsverbundenen Verfahrensnormen zu einem im höchsten Grad perfektionistischen System, innerhalb dessen diese Normen aufgeteilt werden in sachrechtentsprechende, sachrechtergänzende und technische Verfahrensvorschriften.³⁾

Die sachrechtentsprechenden Vorschriften stellen ihm zufolge das Spiegelbild einer sachrechtlichen Regelung auf der Prozeßseite dar; zu ihnen rechnet er z. B. die §§ 747 und 859 ZPO.⁴⁾ Die Anwendung inländischer sachrechtentsprechender Prozeßnormen soll bei ausländischem Sachstatut stets ausscheiden.⁵⁾ Das Wesen der sachrechtergänzenden Verfahrensvorschriften sieht er darin, daß sie zusammen mit dem materiellen Recht das Sachrechtsinstitut formen.⁶⁾ Unter ihnen unterscheidet er⁷⁾

- 1) Die internationale Anwendbarkeit deutscher Prozeßrechtsnormen. Österreichisches Erbrecht im deutschen Verfahren, S. 30 ff.
- 2) In diesem Interesse des Staates sieht von Craushaar die Rechtfertigung des Grundsatzes der *lex fori*; a. a. O. S. 22.
- 3) von Craushaar a. a. O. S. 32.
- 4) a. a. O. S. 33, 44.
- 5) von Craushaar a. a. O. S. 44.
- 6) A. a. O. S. 46.
- 7) A. a. O.

ausgleichende Schutzvorschriften, die "ein Zuviel an materiellem Recht durch ein Weniger an entsprechendem Prozeßrecht oder durch besondere Prozeßgestaltung ausgleichen", ¹⁾ z. B. die §§ 778, 784 ZPO, ²⁾ die inhalt- und wesensbestimmenden Vorschriften, die zusammen mit materiellrechtlichen Bestimmungen Inhalt und Wesen eines Rechts oder eines Inbegriffs von Rechten festlegen, z. B. § 748 II ZPO, ³⁾ und die rechtsgestaltenden Vorschriften, die zusammen mit dem materiellen Recht die Voraussetzung für eine rechtsgestaltende Entscheidung des Richters bilden, ⁴⁾ z. B. die §§ 989 ff. ZPO. ⁵⁾

Auch die sachrechtsergänzenden Verfahrensvorschriften sollen nur in Verbindung mit dem inländischen Sachrecht anwendbar sein, nicht dagegen bei Streitigkeiten über ausländisches Recht. ⁶⁾ Die technischen Verfahrensnormen "verdanken ... ihre Entstehung prozeßökonomischen und sozialen Erwägungen sowie Gesichtspunkten prozessualer Zweckmäßigkeit. ⁷⁾ Sie gliedern sich auf in unechte technische Verfahrensvorschriften, die vorwiegend auf prozessualen Zweckmäßigkeitserwägungen beruhen, z. B. die §§ 240, 241, 242 III ZPO, ⁸⁾ und in echte technische Verfahrensvorschriften, die der Eigenart besonderer Verfahrensarten entspringen, z. B. die §§ 207 bis 236c KO, 108 bis 114b VerglO. ⁹⁾ Für ihre Anwendbarkeit in Verfahren mit Auslandsbeziehungen wird darauf abgestellt, ob sie auf spezifisch prozessualen Erwägungen beruhen, die von einem starken staatlichen Interesse getragen werden. Trifft dies zu, so sollen sie grundsätzlich angewendet werden, jedoch nur insoweit, als die von ihnen in Bezug genommenen materiellen Rechtsinstitute im ausländischen Recht die gleiche Funktion wie im inländischen Recht haben. ¹⁰⁾

c) Die Lehre Pohles zur Beweislast

Zu einer Einschränkung des Geltungsbereichs der lex fori im Prozeß mit Auslandsbeziehungen gelangt für die Regeln über die Beweislast Pohle. ¹¹⁾

1) A. a. O.

2) A. a. O. S. 47.

3) A. a. O. S. 52.

4) A. a. O. S. 55.

5) A. a. O. S. 56.

6) A. a. O. S. 57.

7) A. a. O. S. 61.

8) A. a. O.

9) A. a. O. S. 64.

10) A. a. O. S. 64 f.

11) Zur Beweislast im internationalen Recht, a. a. O. S. 317 ff.

Er legt dar, daß die Frage der Beweislast weder rein materiellrechtlichen, noch rein prozessualen Charakter hat.¹⁾ Einer eigenen Qualifikation enthält er sich. Ausgehend von dem Umstand, daß die Regeln darüber, ob eine Tatsache rechtsbegründend, rechtsvernichtend, rechtshemmend oder rechtshindernd ist, in wohl sämtlichen nationalen Rechtsordnungen in den Bestimmungen des materiellen Rechts enthalten sind, stellt er statt dessen die Frage, ob eine Behandlung dieses Problems im Prozeßrecht vernünftigerweise denkbar wäre. Pohle verneint dies mit dem Hinweis, daß der Prozeßgesetzgeber dann allein für das bürgerliche Recht eine Unzahl von Bestimmungen erlassen müßte, die an Umfang dem BGB kaum nachstünden.²⁾ Eine Beschränkung auf wenige allgemeine Grundsätze scheide aus, da die Verteilung der Beweislast regelmäßig an den Aufbau der einzelnen materiellrechtlichen Norm anknüpfe. Das zeige, daß eine Regelung im Prozeßrecht unsachgemäß wäre.³⁾ Die international übereinstimmende Behandlung in den Kodifikationen des materiellen Rechts beruhe damit auf einem sachlich bestimmten Willen des Gesetzes und müsse dazu führen, die Beweislast bei Auslandsbeziehungen nach dem im Beweisfall anwendbaren materiellen Recht zu beurteilen.⁴⁾

Daß Pohle zu diesem Ergebnis ohne abschließende Stellungnahme zur Qualifikation des Beweislastproblems kommt, weist auch seine Lehre als eine Durchbrechung des Grundsatzes der Maßgeblichkeit der *lex fori* in Verfahrensfragen aus. Der Gedanke, daß nicht eindeutig als materiellrechtlich zu qualifizierende Vorschriften, deren Aufnahme in das positive Sachrecht die allein sachgemäße Lösung darstellt, mit diesem Sachrecht zusammen angewendet werden müssen, erscheint einer Ausdehnung auf Probleme der internationalen Rechtsanwendung außerhalb der Beweislast fähig.⁵⁾ Im vorliegenden Zusammenhang wäre erforderlich, daß die ausländische Rechtsordnung die Klagbarkeit von Ansprüchen in Sachrecht regelte.

1) A. a. O. S. 327 ff., 332 ff.

2) A. a. O. S. 334.

3) A. a. O. S. 335.

4) A. a. O.

5) Wobei zur Klarstellung betont sei, daß die Ausführungen Pohles ausschließlich ein Teilproblem des internationalen Rechts betreffen und nicht zur Begründung einer allgemeinen Theorie bestimmt sind.

4. Kapitel: DIE BEHANDLUNG DES AUSSCHLUSSVERTRAGES DURCH DAS INLÄNDISCHE GERICHT

I. Die Verwendbarkeit der modernen Lehrmeinungen zum Geltungsbereich der lex fori

1. Die Problematik der herrschenden Lehre

Stimmt man der oben¹⁾ für das deutsche Recht vorgenommenen Qualifikation der Unklagbarkeit als negativer Sachurteilsvoraussetzung zu, so hat das nach der überkommenen Lehre die Folge, daß die Wirksamkeit des Klagbarkeitsausschlusses grundsätzlich nach der lex fori zu beurteilen ist.²⁾ Ausländisches Recht wäre - von den persönlichen Abschlußvoraussetzungen abgesehen - nur anzuwenden, soweit das inländische Verfahrensrecht auf die Sachrechtsregeln abstellt.³⁾ Das Ergebnis ist, daß der Anspruch in einem Staat gerichtlich nicht durchsetzbar ist, weil dieser Staat den Ausschlußvertrag anerkennt, in einem anderen Staat, der das nicht tut, dagegen eingeklagt und vollstreckt werden kann. Die unterschiedliche Justiziabilität ist als solche noch kein Argument gegen diese Lösung. Der internationale Entscheidungseinklang, für den sich besonders Niederländer⁴⁾ eingesetzt hat, läßt sich, so lange verschiedene nationale Rechtsordnungen bestehen, niemals voll verwirklichen. Daß die Wirkung des Ausschlußvertrages international unterschiedlich ist, stellt, wie noch zu zeigen sein wird, sogar ein Gebot der Anerkennung der Parteiautonomie dar. Was die Konsequenzen der herrschenden Lehre unbefriedigend macht, ist der Umstand, daß sich nach dem sachlich unmaßgeblichen Recht bestimmen soll, welche Zwangswirkung der nach einem ganz anderen Recht begründete Anspruch hat. Gewiß läßt sich hierfür eine rein konstruktiv vertretbare Begründung finden, etwa, die Klagbarkeitswirkung eines Anspruchs und entsprechend den Ausschluß der Klagbarkeit als Anspruchswirkungen anzusehen, die jeweils auf dem Territorium eines Staates bestehen. Dem Parteiwillen wird damit jedoch Gewalt angetan: die Parteien wollen die Klagbarkeit generell ausschließen, nicht nur die Gerichtsbarkeit der einzelnen Staaten.

1) S. 16

2) So ausdrücklich Stech a.a.O. S. 185.

3) Also hinsichtlich der Verfügbarkeit des Anspruchs.

4) S. oben S. 65 ff.

2. Die Lehre vom Teilausschluß der lex fori

a) Materiellrechtliche Qualifikation der Klagbarkeit

Eine Lösung der angedeuteten Problematik kann über die Frage der Qualifikation angestrebt werden. Denkbar wäre, die Klagbarkeit entsprechend der Lehre von Martin Wolff¹⁾ lege causae zu qualifizieren. Eine abweichende Behandlung der Klagbarkeit von Ansprüchen bei ausschließlich innerstaatlichen Beziehungen und bei Auslandsbeziehungen durch den deutschen Richter stellte dann keine logische Inkonsequenz dar. Was für die Qualifikation an Hand der inländischen Rechtsvorstellungen ins Feld geführt wird, ist in der Tat nicht gerade zwingend. Das Rechtsgebiet des internationalen Rechts ist nicht allein zu dem Zweck entwickelt, die zwischenstaatliche Rechtsanwendung zu vereinfachen.²⁾ Im vorliegenden Fall ist jedoch von Bedeutung, daß eine Reihe von ausländischen Rechtsordnungen die Klagbarkeit ebenfalls als prozessualen Begriff ansieht.³⁾ Dann ist aber mit einer Qualifikation lege causae nichts gewonnen, da auch sie zur Anwendung der lex fori durch den inländischen Richter führen müßte.

Als zweiter Weg bleibt, die Klagbarkeit auch nach inländischem Recht als materiellrechtlichen Begriff zu qualifizieren. Die systematische Frage würde damit im Hinblick auf das praktische Ergebnis entschieden. Bei einem solchen Vorgehen erscheint die systematische Erfassung überhaupt entbehrlich. In der Tat haftet dem Versuch, die Qualifikation als materiellrechtlich oder prozessual nicht von der Wirkung der Norm oder des Rechtsinstituts abhängig zu machen, etwas Zufälliges an. Gegen die der Qualifikation Niederländers zugrunde liegende Vorstellung, daß alle (zwingend) streitentscheidenden Normen materiellen Charakter besitzen, hat Pohle⁴⁾ mit Recht eingewandt, daß, etwa bei Klagen gegen §§ 722, 767, 771 ff. ZPO, auch Verfahrensrecht den Inhalt der richterlichen Entscheidung bestimmt. Zwar hat schon Goldschmidt⁵⁾ darzulegen versucht, daß eine Norm je nach ihrer Funktion als Befolgungsnorm oder als Entscheidungsnorm⁶⁾

1) S. oben S. 61, Note 3.

2) Zur Kritik zusammenfassend Steindorff, Sachnormen im internationalen Recht, S. 58 ff.

3) S. oben S. 53 ff.

4) A. a. O. S. 326.

5) Der Prozeß als Rechtslage, S. 227 ff.

6) Im Beispiel der Drittwiderspruchsklage wären die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung danach für den Richter Entscheidungsnorm, für die Vollstreckungsorgane, z. B. den Gerichtsvollzieher, Befolgungsnorm.

verschiedenen Rechtscharakter hat. Diese Unterscheidung ist jedoch deshalb nicht durchführbar, weil sich nicht ausschließen läßt, daß auch die Rechtsbefolgung nur auf Grund eines (hypothetischen) Urteils des Rechtsunterworfenen über die Folgen der Zuwiderhandlung geschieht. Damit erscheint auch die Qualifikation *Niederländers* willkürlich und für das Problem der Klagbarkeit unbrauchbar. Der Begriff des funktionellen Zusammenhangs, den *Neuhaus* der Qualifikation zugrunde gelegt haben möchte, ist schon allgemein als Abgrenzungsmerkmal zu unbestimmt. Wenn der Prozeß der Durchsetzung des materiellen Rechts dient, so ist jede Prozeßrechtsnorm mit dem Sachrecht funktionsverbunden. Wie soll festgelegt werden, wo der funktionelle Zusammenhang so eng wird, daß die Verfahrensnorm als materielles Recht zu gelten hat? Besonders wenn die Rechtsordnung den Ausschluß der Klagbarkeit zuläßt, ist die Verbindung der Klagbarkeitsnorm zum materiellen Anspruch nicht enger als die einer beliebigen anderen dispositiven Prozeßrechtsbestimmung. Der Weg über die Qualifikation verhilft damit nicht zu einer Lösung des Klagbarkeitsproblems.

b) Beschränkung des Geltungsbereichs der lex fori

Damit bleibt der Weg, die Normen über die Klagbarkeit vom Geltungsbereich der *lex fori* auszunehmen. Die Versuche von *Neuhaus*, *Horst Müller* und von *Craushaar* fußen auf der Erkenntnis, daß bestimmte prozessuale Regeln ausschließlich in Verbindung mit inländischem Sachrecht verständlich sind. Die Frage, inwieweit die "prozessuale Durchführung des Privatrechts"¹⁾ dem Privatrecht angepaßt sein muß, stellt sich nur, soweit die Möglichkeit einer inadäquaten Durchführung gegeben ist. Die gerichtliche Durchsetzung als solche kann dem materiellen Recht nur inadäquat sein, wo der Inhalt des Rechts die gerichtliche Erzwingbarkeit verbietet; umgekehrt kann man von Inadäquanz des Klagbarkeitsausschlusses sprechen, wo der Rechtsinhalt das Bestehen des gerichtlichen Zwangs verlangt. Inadäquat wäre danach angesichts der gesetzgeberischen Motive, die dem Ausschluß der Klagbarkeit in den Fällen der §§ 1394 a.F., 1001 S. 1 BGB und 375 HGB zugrundeliegen, diese Ansprüche im Gerichtsweg durchzusetzen. Anders liegt es im Fall der gewillkürten Unklagbarkeit. Die Zulassung des Klagbarkeitsausschlusses bei grundsätzlicher Klagbarkeit zeigt, daß hier Klagbarkeit und Unklagbarkeit in Bezug auf den Rechtsinhalt neutral sind. Der Gedanke des sachrechtsverbundenen Prozeßrechts hilft daher dann nicht weiter, wenn die inländische Rechtsordnung den vertraglichen Ausschluß der Klagbarkeit gestattet. Aber auch wo eine Rechtsordnung den Klagbarkeitsausschluß für unwirksam

1) S. oben S. 68.

erachtet, werden hierfür, wie sich im Verlauf dieser Untersuchung gezeigt hat, zumeist nicht Besonderheiten des eigenen Rechtssystems, sondern Gründe von überstaatlicher Bedeutung ins Feld geführt.¹⁾

Ihnen gegenüber versagt die Theorie des vom Sachrecht des Gerichtsstaats abhängigen Prozeßrechts ebenfalls.

Die Nutzbarmachung der von Pohle für die Beweislast im internationalen Recht gefundenen Lösung für das Problem der Klagbarkeit würde voraussetzen, daß die in Betracht kommende ausländische Rechtsordnung Bestimmungen über die Klagbarkeit im Sachrechtsteil enthielte und die Aufnahme dieser Regelung in das Sachrecht auf einem sachlich bestimmten Willen des Gesetzgebers beruhte. Indiz für das letztere Merkmal wäre, daß jedenfalls die Mehrzahl der nationalen Rechtsordnungen die Klagbarkeit im Sachrecht behandelte. Hieran fehlt es. Die Vorschrift des § 19 ABGB ist eine Ausnahmeerscheinung.²⁾ Die Aufnahme einer entsprechenden Regelung in die Sachrechtskodifikation ist auch keine sachliche Notwendigkeit. Eine derartige Generalklausel wäre ohne technische Schwierigkeiten in die Prozeßgesetze aufzunehmen.

Führen somit die dargestellten neueren Lehrmeinungen unmittelbar nicht zu einer Lösung des Klagbarkeitsproblems, so erweist sich für einen Lösungsversuch die Methode Pohles als fruchtbar, zu einem praktikablen Ergebnis im Rahmen anerkannter Grundsätze des internationalen Rechts unter Verzicht auf die Aufstellung von Regeln zu gelangen, die über das behandelte Problem hinaus Gültigkeit beanspruchen.

1) So wird etwa verwiesen auf das Wesen des subjektiven Rechts (Frankreich, s. oben S. 56 f., für Deutschland oben S. 2 ff.), die öffentlichrechtlichen Beziehungen zwischen Kläger und Gericht (Österreich, s. oben S. 53 f., für Deutschland oben S. 23 f.) oder die Exklusivität der Zulassung des Schiedsvertrags (Österreich, s. oben S. 53 f., für Deutschland oben S. 24 f.).

2) Aus der Vorschrift des art. 2907 codice civile werden von der italienischen Lehre und Praxis nicht die Folgerungen gezogen, die sich in Österreich an § 19 ABGB knüpfen.

II. Eigener Lösungsversuch

1. Die Anwendbarkeit der *lex fori* und der *lex causae* auf den Ausschlußvertrag im allgemeinen

a) Methodische Vorbemerkung

Die Theorie der grundsätzlichen Geltung der *lex fori* in Verfahrensfragen beruht auf bestimmten praktischen Notwendigkeiten.¹⁾ Das Problem, ob der Vertrag über den Ausschluß der Klagbarkeit nach der *lex fori* oder nach der *lex causae* zu beurteilen ist, wäre verhältnismäßig schnell im Sinn der Maßgeblichkeit der *lex causae* gelöst, wenn sich die Untersuchung auf den Nachweis beschränken könnte, daß diese Notwendigkeiten im vorliegenden Fall nicht bestehen. Ein solches Vorgehen ließe sich methodisch jedoch nur vom Boden einer Theorie nicht der grundsätzlichen Geltung der *lex fori* im internationalen Zivilprozeßrecht, sondern im Gegenteil der Geltung der *lex causae* rechtfertigen. Andernfalls kann man die Maßgeblichkeit der *lex fori* nicht schon mit dem Nachweis verneinen, daß hierfür kein zwingendes Bedürfnis ersichtlich ist.

Die Auffassung, daß auch im internationalen Zivilprozeßrecht grundsätzlich die *lex causae* anzuwenden ist, fände allerdings in der Lehre vom wohlerworbenen Recht (*vested right*) eine Stütze. Diese auf die niederländischen Juristen des 17. Jahrhunderts zurückgehende und noch heute namentlich in der amerikanischen Praxis oft vertretene Doktrin²⁾ besagt, daß ein im Ausland wirksam begründetes materielles Recht im Inland anzuerkennen ist, solange nicht das ausländische Recht oder eine andere Rechtsordnung, die hierzu imstande ist, sein Erlöschen bestimmt hat.³⁾ Yntema⁴⁾ hat zutreffend hervorgehoben, daß diese Theorie streng genommen zur Anerkennung auch der prozessualen Wirkungen eines Rechts führen muß, die ihm gemäß der ausländischen Rechtsordnung zustehen. Die *vested-right*-Theorie ist jedoch, wie bereits Savigny⁵⁾ bemerkt hat, im internationalen Privatrecht unbrauchbar, weil sie die gerade entscheidende Frage nicht beantwortet, welche nationale Rechtsordnung denn über Entstehen oder Erlöschen des Rechts

1) Vgl. unten S. 80

2) Zur Geschichte der Lehre vom wohlerworbenen Recht s. Yntema, Die historischen Grundlagen des internationalen Privatrechts, Festschrift für Rabel, Bd. I, S. 513 ff., 527.

3) Beale, A Treatise on the Conflict of Laws III, S. 1967 ff.

4) Yale Law Journal, Bd. 37, S. 468 ff., 478.

5) System des heutigen römischen Rechts, Bd. VIII, S. 132.

bestimmt.¹⁾ Aus ihr eine dem praktischen Rechtsleben derart widersprechende Konsequenz für das Gebiet des internationalen Zivilprozeßrechts ziehen zu können, erscheint ausgeschlossen.

Für die folgenden Untersuchungen kann jedoch davon ausgegangen werden, daß auch nach der überkommenen Lehre der Grundsatz der Maßgeblichkeit der *lex fori* in Verfahrensfragen nicht ausnahmslos gilt.²⁾ Den vorstehend³⁾ behandelten neueren Untersuchungen kann ferner entnommen werden, daß dieser Grundsatz weiter einzuschränken ist, als bisher angenommen wurde. Hiernach ist als genügende Rechtfertigung des wünschenswerten⁴⁾ Ergebnisses, daß sich die Wirksamkeit des vertraglichen Klagbarkeitsausschlusses bei Auslandsbeziehungen grundsätzlich nach der *lex causae* beurteilt, der Nachweis anzusehen, daß eine solche Behandlung dem Wesen und der Bedeutung der Unklagbarkeit kraft Parteiwillkür entspricht. Diesen Nachweis gilt es nunmehr zu führen.

b) Grundsätzliche Maßgeblichkeit der *lex causae*

Stellt der Zivilprozeß ein Verfahren zur Bewährung der materiellen Rechtsordnung dar,⁵⁾ so ist alles Zivilprozeßrecht sachrechtsverbunden in dem Sinn, daß jede zivilprozessuale Gestaltung auf die gerichtliche Durchsetzbarkeit eines materiellen Rechts von Einfluß ist. Dieser Zusammenhang besteht beispielsweise auch mit einer so "abstrakten" Regelung wie der des Gerichtsverfassungsgesetzes über die Geschäftsverteilung, weil in Ausführung der betreffenden Bestimmungen die Person des Richters bestimmt wird, der im konkreten Prozeß über den konkreten Anspruch zu entscheiden hat. Daß der Gesetzgeber mit den Bestimmungen über die Geschäftsverteilung auf die gerichtliche Durchsetzbarkeit von materiellem Recht als solche nicht einwirken wollte, liegt auf der Hand. Demgegenüber betrifft die Regelung der Klagbarkeit nach ihrem Zweck unmittelbar die Rechtswirklichkeit. Die Normen, die sich mit der Klagbarkeit als solcher befassen, weisen also nach ihrer Zielrichtung im Verhältnis zu anderen Verfahrensbestimmungen eine besondere Beziehung zum Sachrecht auf.

1) Vgl. zur heutigen Kritik zur Lehre vom wohlerworbenen Recht zusammenfassend Neuhaus, Die Grundlagen des internationalen Privatrechts, S. 112.

2) Vgl. oben S. 61 f.

3) Oben S. 65 f.

4) Vgl. oben S. 72 f.

5) Vgl. Rosenberg, Lehrbuch, § 1 III 4.

Die besondere Beziehung zum Sachrecht erscheint für sich allein noch kein genügendes Kriterium zur Unterscheidung verschiedener Prozeßrechts-sätze, weil der Unterschied zwar in Extremfällen greifbar wird, eine exakte Grenzziehung jedoch kaum möglich ist. Für die Abhebung der Regeln, die die Gewährung von Gerichtsschutz überhaupt betreffen, von anderen Verfahrensnormen bedürfen wir daher eines weiteren Abgrenzungsmerkmals, und dieses bildet das Motiv der gesetzgeberischen Regelung. Das Motiv sind nicht verfahrensrechtliche Erwägungen, sondern Besonderheiten im materiellen Recht.

In den Bestimmungen der §§ 511 a und 546 ZPO über die Erwachsenheitssumme als Voraussetzung des Rechtsmittelverfahrens ist eine Regelung der Klagbarkeit insoweit getroffen, als der gerichtliche Rechtsschutz in der Berufungs- und Revisionsinstanz ausgeschlossen wird. Äußerlich ist hierbei an den Inhalt des materiellen Rechts angeknüpft. Als Motiv stehen hinter dieser Regelung jedoch nur verfahrensrechtliche Erwägungen. § 511 a ZPO dient dem Zweck, den Parteien und dem Staat unverhältnismäßige Aufwendungen zu ersparen.¹⁾ § 546 ZPO soll mit der Festsetzung eines Mindestwerts als Revisionssumme die obersten Gerichtshöfe vor Überlastung schützen.²⁾ Die betragsmäßige Geringwertigkeit des materiellen Rechts war in beiden Fällen für die Beschränkung des Rechtsschutzes nicht ausschlaggebend. Es erscheint selbstverständlich, eine entsprechende verfahrensrechtliche Regelung bei Auslandsbeziehungen der *lex fori* zu unterwerfen.

Anders ist es bei der Normierung der völligen Unklagbarkeit. In den Fällen der §§ 1394 a.F., 1001 S. 1 BGB und 375 HGB weist bereits das außerprozessuale Verhältnis der Parteien charakteristische Besonderheiten auf. Sie liegen im Fall des § 1394 a.F. BGB in der zwischen den Parteien bestehenden Ehe, die durch einen Prozeß der Ehegatten belastet würde, in den Fällen der §§ 1001 S. 1 BGB und 375 HGB darin, daß der Anspruchsinhaber den geschuldeten Erfolg ohne Inanspruchnahme der Gerichte selbst herbeiführen kann.³⁾ Dies war für den Gesetzgeber der Anlaß, den genannten Ansprüchen den Gerichtsschutz zu versagen. Die Eigentümlichkeit der jeweiligen Anspruchssituation bildet eine Schwäche des materiellen Rechts selbst, aus der verfahrensrechtliche Konsequenzen gezogen werden. Der Grund für die Normierung der Unklagbarkeit liegt also ausschließlich auf materiellrechtlichem Gebiet. Die

1) Stein-Jonas-Schönke-Pohle (18. Auflage), Anm. I 1 zu § 511 a ZPO.

2) Stein-Jonas-Schönke-Pohle a. a. O., Vorbem. III 1 a vor § 545 ZPO.

3) Vgl. oben S. 18.

prozeßrechtliche Regelung formt die konkrete Gestalt des Anspruchs mit.¹⁾ Diese Gestalt würde zerstört, wenn die Frage der Klagbarkeit nach einem anderen als demjenigen Verfahrensrecht beurteilt würde, das der nationalen Rechtsordnung des zuständigen Sachrechts angehört. Hierin liegt die Rechtfertigung dafür, auch über die Frage der Klagbarkeit die *lex causae* entscheiden zu lassen. Ansprüche gemäß §§ 1394 a.F., 1001 S. 1 BGB, 375 HGB müssen daher auch vom ausländischen Richter als unklagbar behandelt werden.

Entsprechendes gilt für die Behandlung der kraft Gesetzes unklagbaren Ansprüche des ausländischen Rechts. Zwar ließe sich denken, daß ein ausländischer Gesetzgeber die Frage der Klagbarkeit von prozessualen Gesichtspunkten abhängig machte, etwa im Interesse der Entlastung der Gerichte für Ansprüche bis zu einem bestimmten Gegenstandswert schlechthin Unklagbarkeit anordnete. Die damit verbundenen unerwünschten Folgen, nämlich der verstärkte Zug zur Selbsthilfe, lassen eine solche Regelung jedoch praktisch als ausgeschlossen erscheinen. Der deutsche Richter kann also davon ausgehen, daß auch die Unklagbarkeit kraft ausländischen Gesetzes auf materiellrechtlichen Erwägungen beruht. Damit hat auch er insoweit die *lex causae* anzuwenden.

Das dem Klagbarkeitsausschluß zugrundeliegende Motiv erscheint als geeigneter Anknüpfungspunkt auch dann, wenn die Unklagbarkeit eines Anspruchs auf der Vereinbarung der Parteien beruht. Denn auch hier kann die verfahrensrechtliche Gestaltung die Konsequenz bestimmter sachlichrechtlicher Gegebenheiten sein. Dabei ist nicht entscheidend, daß der vertragliche Klagbarkeitsausschluß willkürlich in dem Sinn sein kann, daß die sachliche Anspruchssituation (anders als in den Fällen der §§ 1394 a.F. BGB, 1001 S. 1 BGB und 375 HGB) die Unklagbarkeit nicht objektiv gebietet. Denn mit der Prüfung, ob die Zulässigkeit des vertraglichen Klagbarkeitsausschlusses sich nach der *lex fori* oder der *lex causae* bemißt, geht der Richter von der möglichen Wirksamkeit des Vertrages auch dann aus, wenn er den Ausschluß nach seinem Heimatrecht für unstatthaft hält. Ob Parteiautonomie besteht - und hierfür ist vielfach von Bedeutung, welches nationale Recht anzuwenden ist -,

1) Ohne konstituierendes Merkmal des Anspruchsbegriffs zu werden; vgl. oben S. 3 f. Mit von Craushaar könnte man von einer sachrechtsentsprechenden Verfahrensregelung sprechen. Ein notwendiger Zusammenhang zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht in dem Sinn, daß die materiellrechtliche und die verfahrensrechtliche Normierung für sich betrachtet ihres Sinns ledig wäre (vgl. von Craushaar a. a. O., S. 57), läßt sich jedoch bei vertraglicher Unklagbarkeit nicht mehr bejahen; der Ausschluß des Gerichtswegs ist zwar vom Standpunkt der Parteien aus wünschenswert, wird aber nicht durch den Anspruchsinhalt gefordert.

kann aber nicht davon abhängen, ob von ihr ein "vernünftiger" Gebrauch gemacht worden ist. Damit ist die Zulässigkeit des vertraglichen Klagbarkeitsausschlusses gleichfalls stets an Hand der *lex causae* zu beurteilen, wenn Motiv der Parteivereinbarung die Schwächung des materiellen Rechts ist.

Welches Motiv dem vertraglichen Klagbarkeitsausschluß zugrundeliegt, läßt sich nicht generell sagen. Die Motive der Parteien können vielgestaltig sein, jede Partei kann sich von einer anderen Erwägung leiten lassen. Immerhin sind Vermutungen über die wahrscheinlichen Beweggründe möglich, auf Grund deren die denkbaren zahlreichen Möglichkeiten praktisch auf eine reduziert werden können. Auf die Entlastung der Justizorgane wird es den Beteiligten kaum ankommen. Vergegenwärtigt man sich die Fälle, in denen ein Klagbarkeitsausschluß wahrscheinlich ist, so wird man auch bei vertraglicher Unklagbarkeit in aller Regel das Motiv der Schwächung des materiellen Rechts unterstellen können. Der Wunsch, auf jeden Fall einen Prozeß zu vermeiden, wird entweder auf die persönlichen Beziehungen der Parteien zueinander, die Stellung einer Partei in der Öffentlichkeit oder auf den Inhalt der vereinbarten Leistung zurückgehen.¹⁾ Damit fußt aber der Klagbarkeitsausschluß regelmäßig ebenfalls auf einer besonderen sachlichen Anspruchssituation und nicht auf Gründen des Verfahrens. Dies rechtfertigt die Anwendung der *lex causae*.²⁾

c) Ausnahmen vom Grundsatz der Maßgeblichkeit der *lex causae*

Der Grundsatz der Maßgeblichkeit der *lex fori* in Verfahrensfragen findet letztlich seine Rechtfertigung in dem Interesse des Staates am reibungslosen Funktionieren seiner Gerichtsapparate.³⁾ Durchbrechungen des Grundsatzes müssen in jedem Fall dort enden, wo das reibungslose Funktionieren in Frage gestellt ist, weil die Anwendung des ausländischen Prozeßrechts den inländischen Richter zur Durchführung eines ihm ungewohnten komplizierten Verfahrens zwingt; daß die Übersichtlichkeit und Stetigkeit der Prozesse gestört wird, kann der inländische Staat grundsätzlich nicht zulassen.⁴⁾

Eine weitere Schranke ist der Anwendung ausländischen Rechts in dem Erfordernis der Wahrung des inländischen ordre public gesetzt (Art. 30 EGBGB).

1) S. oben S. 47.

2) Nur wenn ausnahmsweise eindeutige Anzeichen dagegen sprechen, daß der ausländische Gesetzgeber oder die Parteien (übereinstimmend) die Klagbarkeit aus materiellrechtlichen Gründen ausgeschlossen haben, ist nach der Grundregel des internat. Zivilprozeßrechts nach der *lex fori* zu entscheiden.

3) Vgl. von Craushaar a. a. O., S. 22.

4) Kegel, Internationales Privatrecht, § 22 II.

Ist der Ausschlußvertrag nach der *lex causae* als solcher unwirksam und eine Umdeutung in ein *pactum de non petendo* nicht möglich, so wird es regelmäßig dem Parteiwillen entsprechen, die Vereinbarung wenigstens als vertragsmäßige Ausschließung der Gerichte derjenigen Staaten aufzufassen, die eine solche Derogation gestatten. Soweit die Derogation wirksam ist, wird eine Sachentscheidung dieser Gerichte ausgeschlossen.

Die Umdeutung des Klagbarkeitsausschlusses in einen Derogationsvertrag ist allerdings nur möglich, wenn neben der ausgeschlossenen Gerichtsbarkeit des einen Staates oder mehrerer tatsächlich noch eine andere internationale Zuständigkeit eines anderen Landes besteht. Andernfalls liegt in Wirklichkeit doch ein - unwirksamer - Klagbarkeitsausschluß vor.¹⁾ Die Zulässigkeit des Derogationsvertrages ist im übrigen nach allgemeinen Grundsätzen nicht an Hand der *lex causae*, sondern der *lex fori* zu beurteilen.²⁾ Der deutsche Richter hat also deutsches Prozeßrecht anzuwenden.³⁾

Das Verfahren zur Feststellung des Inhalts der *lex causae* regelt § 293 ZPO, der in allen Fällen gilt, in denen Auslandsrecht maßgeblich ist. Der deutsche Richter kann allerdings - und das wird gerade in Fragen des vertraglichen Klagbarkeitsausschlusses nicht selten der Fall sein - vor der Tatsache stehen, daß sich der Standpunkt des ausländischen Rechts trotz allen Bemühungen⁴⁾ nicht ermitteln läßt. In diesem Fall wird zum Teil angenommen, es sei nach deutschem Recht zu entscheiden,⁵⁾ zum Teil wird die Auffassung vertreten, der Richter habe dasjenige Recht anzuwenden, das der *lex causae* vermutlich am nächsten verwandt ist.⁶⁾ Den Vorzug verdient die erstere Ansicht; § 293 ZPO behandelt die Findung des Auslandsrechts als Beweisfrage, rechnet also mit einem *non liquet*; dann muß die Sachlage so angesehen werden, als sei auf die ausländische Norm Verzicht geleistet worden und der Tatbestand deutschem Recht unterstellt;⁷⁾ die Zulässigkeit einer Vereinbarung über die maßgebliche Rechtsordnung ist unbedenklich.⁸⁾ Für dieses Ergebnis spricht auch, daß die Anwendung ausländischen

1) Riezler a. a. O. S. 300.

2) Riezler a. a. O. S. 296.

3) Wegen der hiernach bestehenden Rechtslage vgl. Riezler a. a. O. S. 300 ff.

4) Vgl. z. B. Baumbach-Lauterbach, Anm. 2 zu § 293 ZPO.

5) Raape, Intern. Privatrecht, S. 120; Riezler a. a. O. S. 497 f.; Dölle, Festschrift für Nikisch, S. 192; Baumbach-Lauterbach a. a. O.

6) Stein-Jonas-Schönke-Pohle (18. Aufl.), IV 2 zu § 293. Die Ansicht Hellwigs (System I, § 205 II 1), die Rechtsfrage sei als ungeregelt zu behandeln, ist aufgegeben, Stein-Jonas-Schönke-Pohle a. a. O. Note 21a.

7) So namentlich Dölle a. a. O.

8) S. unten S. 87.

Verfahrensrechts eine Ausnahme vom Grundsatz der *lex fori* ist, der Grundsatz also wieder gelten muß, wenn die Durchführung der Ausnahme auf unüberwindliche Hindernisse stößt. Läßt sich also dem Auslandsrecht über die Zulässigkeit des vertraglichen Ausschlusses der Klagbarkeit nichts entnehmen, so ist nach deutschem Prozeßrecht zu entscheiden.

b) Geltungsschranken

Soweit sich die Zulässigkeit des Klagbarkeitsausschlusses nach Auslandsrecht bemißt, entscheidet dieses auch darüber, innerhalb welcher Grenzen der Ausschluß erfolgen kann. Der deutsche Richter hat beispielsweise bei englischem Sachstatut zu prüfen, ob dem Anspruchsinhaber noch tatsächlich eine außergerichtliche Befriedigungsmöglichkeit offensteht. Kann über die vom ausländischen Recht normierten Geltungsschranken keine Feststellung getroffen werden, so ist insoweit wieder nach deutschem Recht zu entscheiden.

Inwieweit verlangt Art. 30 EGBGB die Beachtung der deutschrechtlichen Geltungsschranken, also des Erfordernisses der objektiven und subjektiven Verfügbarkeit des Anspruchs, seiner Bestimmbarkeit sowie der Voraussetzung, daß der Klagbarkeitsausschluß nicht auf Ausnutzung wirtschaftlicher oder sozialer Überlegenheit beruht? Auch hier ist zunächst wieder zu untersuchen, ob der zur Entscheidung stehende Tatbestand die erforderliche Inlandsbeziehung aufweist.¹⁾

Die Geltungsschranke des deutschen Rechts, daß für den Ausschluß der Klagbarkeit Verfügungsmacht über den Anspruch erforderlich ist, steht mit den "guten Sitten" dort in Zusammenhang, wo auch die Regelung der Verfügbarkeit selbst auf sittlichen Anschauungen beruht. Das trifft insbesondere im Familienrecht häufig zu. So ist der Anspruch aus § 1632 BGB unverzichtbar, weil er Ausfluß der elterlichen Gewalt ist.²⁾ Die Unverzichtbarkeit der Ansprüche auf Unterhalt für die Zukunft (§ 1614 I BGB) erklärt sich aus den sittlichen Grundlagen der Unterhaltspflicht zwischen Verwandten;³⁾ hier erscheint allerdings eine jeweils auf den Einzelfall abgestellte Prüfung angebracht, inwieweit eine abweichende ausländische Regelung tatsächlich mit den in Deutschland herrschenden sittlichen Anschauungen in Widerspruch steht.⁴⁾ Die Unverzichtbarkeit der Ansprüche gemäß §§ 617, 618 BGB (§ 619 BGB)

1) S. dazu oben S. 81 f.

2) BGH, Lindenmaier-Möhring Nr. 1 zu § 1754 BGB.

3) Scheffler in BGB-RGRK, Anm. 1 zu § 1614.

4) Beispielsweise auch im Verhältnis Großeltern-Enkel ?

Dieser Grundsatz gilt auch, soweit ausländisches Prozeßrecht anzuwenden ist.¹⁾

Das Prinzip der Gewährleistung von Übersichtlichkeit und Stetigkeit der Prozesse schränkt die Berücksichtigung der *lex causae* hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit des vertraglichen Klagbarkeitsausschlusses nicht ein. Schwierigkeiten ergeben sich für den deutschen Richter nicht aus der Anwendung des einschlägigen Auslandsrechts (entweder ist der Rechtsstreit fortzusetzen oder durch Prozeßurteil zu beenden), sondern aus der Ermittlung seines Inhalts (können insoweit allerdings erheblich sein). Diese Schwierigkeiten sind aber, wie § 293 ZPO zeigt, in Kauf zu nehmen.²⁾

Das an sich zu berücksichtigende Auslandsrecht kann daher nur dann außer Anwendung bleiben, wenn die Anwendung im Inland dem deutschen *ordre public* widerspräche. Inwieweit dies der Fall ist, soll im folgenden für die einzelnen Wirksamkeitsvoraussetzungen des Ausschlußvertrages gesondert untersucht werden.

2. Die Behandlung des Vertrages über den Ausschluß der Klagbarkeit im einzelnen

a) Statthaftigkeit

Die Statthaftigkeit des Ausschlußvertrages bemißt sich gemäß den vorstehenden Ausführungen in der Regel nach der *lex causae*. Läßt die *lex causae* den Ausschluß zu, so hat der deutsche Richter auch dann von der Statthaftigkeit auszugehen, wenn er sie - entgegen der hier vertretenen Auffassung - für den Bereich des nationalen deutschen Rechts verneint. Die Statthaftigkeit kann in diesem Fall regelmäßig nicht unter Berufung auf die Vorbehaltsklausel des Art. 30 EGBGB verneint werden.

Art. 30 EGBGB besagt, daß ausländisches Recht dann nicht angewendet werden kann, wenn die Anwendung im Inland gegen die guten Sitten oder den Zweck eines deutschen Gesetzes verstieße. Sittenwidrigkeit i. S. des Art. 30 EGBGB bedeutet den Verstoß gegen die im Inland herrschenden sittlichen Anschauungen, wobei wie im Rahmen des § 138 BGB auf das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden abzustellen ist.³⁾ Nach Auffassung

1) Riezler a. a. O., S. 542.

2) Wegen des Verfahrens nach § 293 ZPO s. näher unten S. 83

3) Vgl. statt vieler Raape bei Staudinger, Anm. E II zu Art. 30 EGBGB.

Wegen der bekannten Formel zu § 138 BGB s. RGZ 80, 221.

des Textes ist der vertragliche Klagbarkeitsausschluß nicht sittenwidrig im Sinn von § 138 BGB;¹⁾ jedoch kann sich die Gegenmeinung auf gewichtige Stimmen im Schrifttum stützen.²⁾ Auch wenn man Sittenwidrigkeit annimmt, kann die Vorbehaltsklausel aber nur eingreifen, wenn der Tatbestand, auf den ausländisches Recht anzuwenden ist, eine gewisse Inlandsbeziehung aufweist, auf Grund deren die Anwendung des Auslandsrecht im Inland sittenwidrig ist; denn nicht auf die Sittenwidrigkeit des Auslandsrechts an sich, sondern auf die Sittenwidrigkeit seiner Anwendung stellt Art. 30 EGBGB ab.³⁾ Diese Inlandsbeziehung⁴⁾ wird nicht allein dadurch hergestellt, daß die Frage der Unklagbarkeit von einem deutschen Gericht zu entscheiden ist. Die Anrufung der deutschen Gerichtsbarkeit ist ja erst die Voraussetzung dafür, Art. 30 EGBGB überhaupt in Betracht zu ziehen.

Entsprechendes gilt für die Frage, ob die Anerkennung des nach ausländischem Recht vereinbarten Klagbarkeitsausschlusses gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstößt. Zweckwidrigkeit nimmt die Rechtsprechung dann an, wenn die staatspolitischen und sozialen Anschauungen, auf denen die ausländische Rechtsvorschrift beruht, von den inländischen so erheblich abweichen, daß die Anwendung des ausländischen Gesetzes direkt gegen die Grundlagen des inländischen staatlichen und wirtschaftlichen Lebens verstieße.⁵⁾ Diese Voraussetzungen sind äußerst streng; sie können im vorliegenden Fall nicht schon deshalb bejaht werden, weil man eine ungeschriebene Generalklausel des deutschen Rechts annimmt, wonach materielle Ansprüche auch klagbar sind. Selbst wo aber im Einzelfall von Zweckwidrigkeit gesprochen werden kann, bedarf es immer noch der Feststellung einer Inlandsbeziehung, um dem Auslandsrecht die Anerkennung zu versagen.

Die Maßgeblichkeit der *lex causae* hat umgekehrt zur Folge, daß der deutsche Richter, der an Hand der *lex fori* zugunsten der Statthaftigkeit des Ausschlußvertrages zu entscheiden hätte, die Statthaftigkeit verneinen muß, wenn dies der Standpunkt der ausländischen Rechtsordnung ist. In diesem Fall ist zu prüfen, ob das Auslandsrecht die Umdeutung des Klagbarkeitsausschlusses in ein *pactum de non petendo* gestattet. Für den prozessualen Verpflichtungsvertrag auf Unterlassung der Klageerhebung gelten die vorstehenden Grundsätze für die Beurteilung des Verfügungsvertrags entsprechend. Läßt daher die *lex causae* die Umdeutung zu, so hat deutscher Richter die Zulässigkeit des *pactum de non petendo* gleichfalls an Hand des maßgeblichen Auslandsrechts festzustellen.

1) S. oben 35 f.

2) S. oben S. 24 f.

3) Raape a. a. O. Anm. D I; Kegel a. a. O. S. 187 f.

4) Beispiele bei Raape a. a. O. Anm. D II.

5) Vgl. RGZ 60, 296, 300; BGHZ 22, 1, 15; 22, 162, 167.

erklärt sich zwar aus der deutschrechtlichen Auffassung von der dem Arbeitsverhältnis immanenten Fürsorgepflicht des Arbeitgebers,¹⁾ beruht aber auf sittlichen Wertvorstellungen nur insoweit, als dem Arbeitnehmer ein bestimmtes Maß an sozialem Schutz gewährleistet sein soll; auch hier ist eine abweichende ausländische Regelung im Einzelfall daraufhin zu prüfen, wie die betreffende Rechtsordnung das Arbeitnehmerschutzrecht insgesamt ausgestaltet hat. Was einen möglichen Widerspruch zum Zweck eines deutschen Gesetzes angeht, so werden die von der Rechtsprechung entwickelten strengen Grundsätze²⁾ nur selten zutreffen. So hat beispielsweise die in § 1614 I BGB getroffene Regelung auch den Zweck, zu verhindern, daß der Unterhaltsbedürftige der öffentlichen Fürsorge anheimfällt³⁾; führt die Anerkennung einer abweichenden ausländischen Regelung zur Einstandspflicht der Allgemeinheit, so wird gleichwohl kaum angenommen werden können, daß hierin ein Angriff auf die Grundlagen des staatlichen und wirtschaftlichen Lebens in Deutschland liegt.

Ob das Erfordernis der Verfügbarkeit des materiellen Anspruchs sich über Art. 30 EGBGB Achtung verschafft, läßt sich also nicht generell beantworten. Gleiches gilt für die übrigen deutschrechtlichen Geltungsschranken.

Das Erfordernis des Bestehens subjektiver Verfügungsbefugnis dürfte in der Regel die Anwendung der Vorbehaltsklausel nicht rechtfertigen. Was Verfügungsbeschränkungen infolge von Minderjährigkeit betrifft, so enthalten wohl die meisten ausländischen Rechtsordnungen ähnliche Schutzbestimmungen wie das deutsche Recht. Die Frage, inwieweit eine vom deutschen Recht abweichende ausländische Regelung des Erwerbs der Volljährigkeit im Inland anzuerkennen ist, ist in Art. 7 EGBGB entschieden. Die Verfügungsbeschränkungen des deutschen Insolvenzrechts dienen der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger und damit volkswirtschaftlichen Zwecken. Selbst im Fall der Unvereinbarkeit der Anerkennung eines ausländischen Vertrags über die Unklagbarkeit mit diesem Gesetzeswerk ließe sich doch nur in extremen Fällen ein direkter Verstoß gegen die Grundlagen des inländischen wirtschaftlichen Lebens bejahen. Hinsichtlich der Verfügungsbeschränkungen des deutschen ehelichen Güterrechts ist die Anwendung der Vorbehaltsklausel insoweit denkbar, als die Beschränkungen die

1) Mohnen bei Staudinger, Vorbem. 7 vor § 617 BGB.

2) S. oben S. 82 f.

3) Vgl. RGZ 86, 266, 268.

wirtschaftlichen Grundlagen der Familie sichern helfen sollen.¹⁾ Eine diesem Ziel widersprechende Vereinbarung der Unklagbarkeit wird nur ausnahmsweise zweckwidrig, kann aber im Einzelfall sittenwidrig im Sinn des Art. 30 EGBGB sein.

Mit dem Erfordernis der Bestimmtheit des Rechtsverhältnisses, dem der unklagbar gemachte Anspruch entspringt, bemerkt das deutsche Recht den Schutz des Rechtsträgers vor Verfügungen, deren Tragweite sich im Zeitpunkt der Vornahme nicht absehen läßt. Insoweit wird Art. 30 EGBGB nur einschlägig sein können, wenn die Anerkennung eines ausländischen Vertrags über die Unklagbarkeit im Inland sittenwidrig wäre. Die strengen Voraussetzungen der Zweckwidrigkeit werden kaum je erfüllt sein. Es ist aber auch kein dem deutschen Recht zugrundeliegendes sittliches Gebot, daß Rechtshandlungen nur wirksam sind, wenn der Handelnde die Folgen seines Handelns ermessen konnte; die Grenze der Sittenwidrigkeit ist nur da erreicht, wo die Bindung an die vorgenommene Handlung den Handelnden derart in seiner Freiheit beschränken würde, daß die Würde seiner Person verletzt wäre.²⁾ Inwieweit das der Fall ist, läßt sich nur für den konkreten Einzelfall entscheiden; maßgebend ist dabei der Umfang der durch den Klagbarkeitsaus-schluß auferlegten Rechtsbeschränkung.

Auch das negative Erfordernis der Ausnützung von wirtschaftlicher oder sozialer Überlegenheit muß nicht stets dazu führen, daß der ausländische Vertrag über die Unklagbarkeit im Inland nicht anerkannt wird. Ein ohne Beachtung dieser Geltungsschranke geschlossener Vertrag wird zwar häufig sittenwidrig im Sinn von Art. 30 EGBGB sein. Doch kommt es auch hier auf den Einzelfall an, da sich die Begriffe des Machtmißbrauchs und der Sittenwidrigkeit nicht notwendigerweise decken.³⁾

c) Geltungsgrundlagen

Das Problem der maßgeblichen Rechtsordnung in Fragen der Statthaftigkeit und der Geltungsschranken des Ausschlußvertrages war mit Hilfe der Überlegung gelöst worden, daß Motiv der Vereinbarung der Unklagbarkeit in der Regel die Schwächung des materiellen Rechts ist. Diese Überlegung hilft bei zahlreichen Fragen der Ausgestaltung des Vertragstatbestandes nicht weiter, insbesondere welche Rechtsordnung maßgebend ist

1) Vgl. Palandt-Lauterbach, Anm. 1 zu § 1365. Die Verfügungsbeschränkungen der §§ 1365 ff. sind nicht Ausfluß des Gleichberechtigungsgrundsatzes, so daß der Gesichtspunkt des Verstoßes gegen dieses Prinzip die Anwendung des Art. 30 EGBGB hier nicht begründen kann.

2) Vgl. Coing bei Staudinger, Anm. 7c zu § 138 BGB.

3) Vgl. oben S. 33, Note 5.

hinsichtlich

der Form des Ausschlußvertrages,
des Erfordernisses der Geschäftsfähigkeit,
der Vertragsauslegung,
der Nichtigkeit außerhalb der Überschreitung der
Statthaftigkeitsgrenzen,
der Folgen eines Willensmangels und des Widerrufs,
der Zulässigkeit von Bedingungen und Zeitbestimmungen,
der Möglichkeit des Übergangs auf einen Rechtsnachfolger.

Daß in diesen Punkten eine andere Rechtsordnung maßgeblich sein kann als diejenige, die über die Möglichkeit des Ausschlußvertrages überhaupt bestimmt, ist nicht ausgeschlossen. Die Parteien haben es weitgehend in der Hand, auf Rechtsordnungen außerhalb ihres Heimatrechts zu verweisen. Dieser für das internationale Schuldrecht anerkannte Grundsatz¹⁾ ist m. E.²⁾ als Folge der Anerkennung der Parteiautonomie auf Prozeßverträge, die nur im Bereich dispositiven Prozeßrechts möglich sind, übertragbar. Können die Parteien auf fremde Rechtsordnungen verweisen, so haben sie auch die Möglichkeit, verschiedene Rechtsfolgen desselben Tatbestandes verschiedenen nationalen Rechtsordnungen zu unterwerfen.³⁾ Dabei ist lediglich die für das materielle internationale Vertragsrecht gemachte Einschränkung zu beachten, daß ein aner kennenswertes Interesse an der Herrschaft des gewählten Rechts erkennbar sein muß.⁴⁾

Mit diesen Erwägungen läßt sich die Frage, welche Rechtsordnung für die Ausgestaltung des Tatbestandes des Ausschlußvertrags maßgeblich ist, bereits dahin beantworten, daß darüber in erster Linie der Wille beider Parteien entscheidet. Fehlt, wie wohl meist, ein ausdrücklicher Hinweis, so ist der Parteiwille durch Auslegung festzustellen. Wird der Klagbarkeitsausschluß zusammen mit der Begründung des materiellen Anspruchs vereinbart, so kann man davon ausgehen, daß die Parteien die Geltung der *lex causae* auch insoweit gewollt haben; der Zusammenhang zwischen materieller und verfahrensrechtlicher Regelung ist dann so eng, daß etwas anderes nur bei Vorliegen sehr erheblicher Gegenanzeigen wird angenommen werden können. Gleiches hat zu gelten, wenn die Vereinbarung der Unklagbarkeit nachträglich, aber im räumlichen Geltungsbereich der *lex causae* erfolgt. Schwieriger ist die Entscheidung, wenn der nachträgliche Klagbarkeits-

1) Nußbaum, a. a. O. S. 215; Raape, Internationales Privatrecht, § 40; Kegel a. a. O., S. 227 f.

2) Untersuchungen zu dieser Frage sind nicht bekannt.

3) So ausdrücklich auch M. Wolff a. a. O., S. 141.

4) S. hierzu Kegel a. a. O. mit Nachweisen

ausschluß außerhalb des Geltungsbereichs der *lex causae*, z. B. im Gerichtsstaat, vereinbart wird. Bei der Feststellung des Parteiwillens wird hier häufig der Erfahrungssatz helfen, daß den Beteiligten an einer möglichst unkomplizierten Gestaltung gelegen ist, so daß es ihrem Interesse zuwiderliefe, den Ausschlußvertrag insgesamt der Geltung verschiedener nationaler Rechte zu unterwerfen; das führt auch in diesem Fall zur Maßgeblichkeit der *lex causae*. Haben die Parteien allerdings die Frage der maßgeblichen Rechtsordnung überhaupt nicht erwogen, so kann ein realer Parteiwille auch nicht durch Auslegung festgestellt werden.¹⁾ Im internationalen Schuldrecht wird dann überwiegend auf den hypothetischen Parteiwillen, wenn auch dieser Anknüpfungspunkt versagt, auf den Erfüllungsort abgestellt.²⁾

Unter Feststellung des hypothetischen Parteiwillens versteht die Rechtsprechung³⁾ die "vernünftige Interessenabwägung auf rein objektiver Grundlage". Abzustellen ist darauf, welche Rechtsordnung bei Wahl desjenigen Anknüpfungspunktes anzuwenden wäre, der nach den tatsächlichen Verhältnissen als der nächstliegende erscheint.⁴⁾ Maßgeblich ist damit der Schwerpunkt des Vertrages,⁵⁾ bei dessen Ermittlung sich der Richter in die Lage der Parteien bei Vertragsschluß zu versetzen hat.⁶⁾ Auch diese Grundsätze auf Prozeßverträge anzuwenden, halte ich für unbedenklich. Auf diesem Wege läßt sich auch für den vorliegenden Fall ein geeigneter Anknüpfungspunkt gewinnen. Schließen die Parteien mit der Vereinbarung der Unklagbarkeit einen Prozeßvertrag nur auf Grund der sachlichen Gegebenheiten der Anspruchsituation,⁷⁾ so ist die prozessuale Gestaltung gewissermaßen nur ein Appendix zur Anspruchsberechtigung. Sie ist auf den materiellen Anspruch bezogen, auch wenn der Klagbarkeitsausschluß in großen zeitlichen und räumlichen Abstand zur Entstehung des Anspruchs erfolgt. Der materielle Anspruch ist damit objektiv der nächstliegende Anknüpfungspunkt des Ausschlußvertrages. Hiernach ist die *lex causae* für die Ausgestaltung des Vertragstatbestandes auch dann maßgeblich, wenn die Parteien die Geltung einer bestimmten Rechtsordnung weder ausdrücklich vereinbart haben, noch

1) Vgl. M. Wolff, a. a. O., S. 142.

2) So BGH, Juristenzeitung 1955, 584. Aus dem Schrifttum z. B. Raape a. a. O., §§ 40 ff.; Kegel a. a. O., S. 227 ff.; M. Wolff a. a. O., S. 142 ff.

3) BGHZ 7, 231, 235; 9, 221, 223; BGH, Betrieb 58, 162.

4) Vgl. BGHZ 7, 231, 235.

5) M. Wolff a. a. O., S. 142.

6) M. Wolff a. a. O., S. 143.

7) Vgl. oben S. 79 f.

eine solche Vereinbarung durch Auslegung festgestellt werden kann.¹⁾

Von diesem Grundsatz der Maßgeblichkeit der *lex causae* sind zwei Ausnahmen zu machen. Zwar entscheidet sich nach der *lex causae*, ob zur Vornahme des Ausschlußvertrages Geschäftsfähigkeit erforderlich ist.²⁾ Ob dagegen Geschäftsfähigkeit vorliegt und welche Folgen der Mangel der Geschäftsfähigkeit hat und wie der Mangel zu heilen ist, beurteilt sich gemäß Art. 7 I EGBGB nach dem Heimatrecht des Handelnden, soweit dieses nicht Rück- oder Weiterverweisungen enthält.³⁾ Die persönlichen Abschlußvoraussetzungen sind also dem Personalstatut zu entnehmen.⁴⁾ Hinsichtlich der Form gilt nach allgemeinen Grundsätzen⁵⁾ die *lex loci actus*; entsprechend Art. 11 I EGBGB muß allerdings die Form der *lex causae* genügen.

Soweit sich die Ausgestaltung des Vertragstatbestandes nach der *lex causae* richtet, ist wieder zu beachten, daß die Anwendung des Auslandsrechts nicht gegen den inländischen *ordre public* verstoßen darf. Die Vorbehaltsklausel des Art. 30 EGBGB kann namentlich in zwei Fällen wirksam werden. Anfechtung und Widerruf des Ausschlußvertrages sind insoweit ausgeschlossen, als der Wegfall des Vertrags mit der Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung in Widerspruch stünde.⁶⁾ Das Prinzip der Rechtskraft ist in Deutschland Bestandteil des *ordre public*.⁷⁾ Ferner ist - die erforderliche Inlandsbeziehung unterstellt - die Frage der Nichtigkeit des Vertrags auch nach den inländischen Bestimmungen über Gesetzes- und Sittenverstoß zu entscheiden; der deutsche Richter hat also die §§ 134 und 138 BGB anzuwenden, wobei allerdings die Bejahung der Zweckwidrigkeit im Sinn des Art. 30 EGBGB an die bereits erwähnten strengen Voraussetzungen geknüpft ist.

1) Der materielle Anspruch erscheint als geeigneter Anknüpfungspunkt in allen denkbaren Fallgestaltungen. Eines weiteren Anknüpfungspunktes, auf den hilfsweise zurückzukommen wäre, bedarf es daher wohl nicht. Hierzu könnte im übrigen weder der Erfüllungsort dienen, den es beim Klagbarkeitsausschluß nicht gibt, noch läßt sich ein Wirkungsstatut ermitteln, da sich der Ausschluß auf die Gerichtsbarkeit aller Staaten bezieht. Man müßte also auf das Grundprinzip der Geltung der *lex fori* zurückgreifen.

2) Vgl. M. Wolff a. a. O., S. 102; Raape a. a. O., § 22 IV; Kegel a. a. O., S. 200.

3) M. Wolff a. a. O., S. 101; Raape, Kegel a. a. O.

4) Verlangt die *lex causae* Prozeßfähigkeit, hat der deutsche Richter § 55 ZPO zu beachten.

5) Vgl. M. Wolff a. a. O., S. 126; Raape a. a. O., § 26 A I; Kegel a. a. O., S. 219.

6) Vgl. hierzu oben S. 43 f.

7) Riezler a. a. O., S. 547.

Auch in Fragen der Ausgestaltung des Tatbestandes des Ausschlußvertrages ist deutsches Recht anzuwenden, wenn insoweit der Inhalt des Auslandsrechts nicht festgestellt werden kann.

LEBENS LAUF

Am 18.8.1938 wurde ich, Hans-Adolf Neumann, als Sohn des Staatssekretärs im Preussischen Staatsministerium Adolf Walter Erich Neumann und seiner Ehefrau Hildegard, geborene Winter, in Berlin geboren. Nach dem Besuch der Volksschule besuchte ich das Humanistische Gymnasium in Garmisch-Partenkirchen und das Lessing-Gymnasium in Frankfurt a. M., wo ich am 13.3.1958 die Reifeprüfung ablegte. Anschließend studierte ich Rechtswissenschaft in Heidelberg, Berlin und München und bestand am 22.2.1963 an der Universität München die erste juristische Staatsprüfung. Nach Absolvierung des Vorbereitungsdienstes für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst bestand ich am 21.4.1967 vor dem Bayerischen Landesjustizprüfungsamt die zweite juristische Staatsprüfung.

